

# Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit im Jahre 2014 und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU

*Astrid Epiney/Robert Mosters*

**Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:**

*Astrid Epiney/Robert Mosters, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit im Jahre 2014 und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz - EU, in: Astrid Epiney/Markus Kern/Lena Hehemann (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht / Annuaire suisse de Droit européen 2014/2015, Zürich/Bern 2015, S. 53-132. Es ist möglich, dass diese publizierte Version – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.*

## **Inhaltsübersicht**

- A. Einleitung
- B. Diskriminierungsverbot und Unionsbürgerschaft (Art. 18, 20 und 21 AEUV)
  - I. Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit
  - II. Abgeleitetes Aufenthaltsrecht für Drittstaatsangehörige
  - III. Einreiserecht von drittstaatsangehörigen Familienangehörigen
  - IV. Begriff des Familienangehörigen
  - V. Erwerb des Rechts auf Daueraufenthalt und Ausweisungsschutz
  - VI. Exkurs: Zulassung von Drittstaatsangehörigen zu Bildungszwecken
- C. Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 AEUV)
  - I. Arbeitnehmerbegriff und Tätigkeiten in der öffentlichen Verwaltung
  - II. Exkurs: zur Tragweite der Stillhalteklausele im Assoziierungsabkommen EU-Türkei
- D. Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 und 56 AEUV)
  - I. Anwendbarkeit der Art. 49 und 56 AEUV
  - II. Arbeitnehmerentsendung
  - III. Anerkennung von Diplomen
  - IV. Glücksspielrecht
  - V. Steuerliche Fragen
  - VI. Sonstige Marktzugangsbeschränkungen
- E. Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU
- F. Schlussbemerkung

## A. Einleitung

Der folgende Beitrag soll einen Überblick über die wichtigsten<sup>1</sup> Urteile des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) im Bereich der Personenfreizügigkeit aus dem Jahr 2014 geben.<sup>2</sup> Die wesentlichen Erwägungen des Gerichtshofs (meist mit den wichtigsten Sachverhaltselementen) werden zusammengefasst, in Bezug zur bisherigen Rechtsprechung gesetzt und – soweit angebracht – einer kurzen rechtlichen Bewertung unterzogen, die zu weiteren, vertieften Betrachtungen einlädt. Darüber hinaus sollen die Implikationen der besprochenen Urteile für die Schweiz skizziert werden, wobei es hier im Wesentlichen um deren Tragweite im Rahmen des Personenfreizügigkeitsabkommens (FZA)<sup>3</sup> geht, das in der Schweiz die Rechtsstellung von Unionsbürgern massgeblich bestimmt. Soweit sich nämlich die neuen Urteile des EuGH auf unionsrechtliche Begriffe und Konzepte beziehen, die im FZA aufgegriffen werden (wobei die Beantwortung dieser Frage mitunter sehr komplex sein kann), werden sie häufig auch für die Rechtsentwicklung im Rahmen des FZA relevant sein. Jedenfalls müssen sie aber in der Schweiz zur Kenntnis genommen werden, und ihre Implikationen für Auslegung und Anwendung des Freizügigkeitsabkommens sind zu analysieren.

Thematisch und systematisch ist dabei zwischen den das allgemeine Diskriminierungsverbot und die Unionsbürgerschaft (Art. 18, 20, 21 AEUV) betreffenden Urteilen (B.), solchen zur Arbeitnehmerfreizügigkeit des Art. 45 AEUV (C.) sowie denjenigen im Bereich der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit der Art. 49 und 56 AEUV (D.) zu unterscheiden. Weiter soll – vor einer kurzen Schlussbemerkung (F.) – auf die Rechtsprechung des EuGH zum Freizügigkeitsabkommen selbst eingegangen werden (E.).

---

<sup>1</sup> Es geht also nicht darum, alle im Berichtszeitraum ergangenen Urteile zu behandeln, so dass keine Vollständigkeit angestrebt wird. Vielmehr sollen nur die aus unserer Sicht für die Rechtsentwicklung im Bereich des Personenverkehrs zentralen und richtungsweisenden Urteile einbezogen werden, wobei diejenigen Urteile, die schwerpunktmässig steuer- und abgabenrechtliche Aspekte betreffen, weitgehend ausgespart werden. Vgl. zu diesen auch den Beitrag von *Xavier Oberson* und *Alara Efsun Yazicioglu* in diesem Band, 159.

<sup>2</sup> Der Beitrag knüpft an die Berichte in den Jahrbüchern zum Europarecht 2003, 2004/2005, 2005/2006, 2006/2007, 2007/2008, 2008/2009, 2009/2010, 2010/2011, 2011/2012, 2012/2013 und 2013/2014 an. Vgl. zuletzt *Astrid Epiney/Robert Mosters*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU, in: *Epiney/Diezig* (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht (SJER) 2013/2014, 2014, 57. Die Zusammenfassungen und Bewertungen einiger der im Folgenden besprochenen Urteile des EuGH werden auch in einem Beitrag in der NVwZ 2015 veröffentlicht.

<sup>3</sup> Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen, FZA; SR 0.142.112.681); ABl. 2002 L 114, 6. Da die Europäische Union als Rechtsnachfolgerin an die Stelle der Europäische Gemeinschaft getreten ist (Art. 1 Abs. 3 Satz 2 EUV), ist sie seit dem Inkrafttreten des Lissaboner Vertrages am 01.12.2009 statt der EG Vertragspartei des FZA.

## B. Diskriminierungsverbot und Unionsbürgerschaft (Art. 18, 20 und 21 AEUV)

### I. Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit

#### 1. Zur Rechtsprechung des EuGH

##### a) Anwendbarkeit des Art. 18 AEUV auf nicht erwerbstätige Unionsbürger (Rs. C-333/13, Dano)

Von besonderer Bedeutung im Berichtszeitraum war das von der Grossen Kammer erlassene Urteil in der Rs. C-333/13<sup>4</sup>. Darin ging es um die Frage, ob eine nicht erwerbstätige Unionsbürgerin, die nicht über ausreichende Existenzmittel verfügte, vom Bezug beitragsunabhängiger Sozialleistungen ausgeschlossen werden darf. Der Gerichtshof weist – unter Anknüpfung an seine bisherige Rechtsprechung – darauf hin, dass Art. 18 AEUV durch Art. 24 RL 2004/38<sup>5</sup> (und Art. 4 VO 883/2004) konkretisiert werde, soweit es um Unionsbürger geht, die von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch machen, so dass es im Ausgangsfall um die Auslegung dieser Bestimmung gehe. Diese sehe in ihrem Absatz 1 ein Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit vor, während ihr Absatz 2 eine Ausnahme von diesem Verbot enthalte. Fraglich war somit, ob in Konstellationen, die nicht in den Anwendungsbereich des Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38<sup>6</sup> fallen, Art. 24 Abs. 1 RL 2004/38 unter den Umständen des Ausgangsfalls ein Recht auf Zugang zu Sozialhilfe begründe. Der Gerichtshof verneinte diese Frage unter Hinweis darauf, dass ein Unionsbürger nur unter der Voraussetzung einen diskriminierungsfreien Zugang zu Sozialleistungen verlangen könne, dass sein Aufenthalt im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaates die Voraussetzungen der RL 2004/38 erfüllt. Dies setze bei nicht erwerbstätigen Unionsbürgern nach Art. 7 Abs. 1 RL 2004/38 insbesondere voraus, dass sie über hinreichende Existenzmittel verfügen. Diese Vorschrift solle nicht erwerbstätige Unionsbürger daran hindern, das System der sozialen Sicherheit des Aufnahmemitgliedstaates zur Bestreitung des Lebensunterhalts in Anspruch zu nehmen. Im Übrigen sei die Grundrechtecharta nicht anwendbar, da sich die Voraussetzungen der Gewährung beitragsunabhängiger Sozialleistungen nicht aus dem Unionsrecht ergäben, so dass keine Durchführung des Unionsrechts im Sinne des Art. 51 Abs. 1 GRC vorliege.

Das Urteil ist in mehrfacher Hinsicht bemerkenswert:

<sup>4</sup> EuGH, Rs. C-333/13, ECLI:EU:C:2014:2358 (Dano).

<sup>5</sup> Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.04.2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EG, 90/364/EG, 90/365/EWG und 93/96/EG, ABl. 2004 L 158, 77.

<sup>6</sup> Die Ausnahme des Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38 bezieht sich nur auf nicht erwerbstätige Personen während der ersten drei Monate des Aufenthalts, auf Arbeitssuchende auch während eines darüber hinausgehenden Zeitraums der Arbeitssuche sowie auf Personen, die vor dem Erwerb des Rechts auf Daueraufenthalt Studienbeihilfen gewährt bekommen wollen.

- Der ausschliessliche Bezug des Gerichtshofs auf die sekundärrechtlichen Regelungen wirft die Frage nach ihrem Verhältnis zu Art. 18 AEUV auf, zumal die Formulierung in Art. 24 Abs. 1 RL 2004/38 diejenige von Art. 18 AEUV aufgreift und der Gerichtshof sich in seiner früheren Rechtsprechung auf diese Bestimmung bezogen hatte. Es verwundert, dass der Gerichtshof mit keinem Wort auf die Notwendigkeit einer primärrechtskonformen Auslegung der Richtlinienbestimmungen und ihre (möglichen) Implikationen eingeht.
- In der Sache schränkt das Urteil die Tragweite und damit den Anwendungsbereich des Art. 18 AEUV wohl auch im Verhältnis zur bisherigen Rechtsprechung ein. Denn das Diskriminierungsverbot soll nur unter der Voraussetzung zur Anwendung kommen, dass dem Unionsbürger ein Aufenthaltsrecht aufgrund der RL 2004/38 zusteht. Nicht ausreichend ist offenbar ein auf nationales Recht gegründetes Aufenthaltsrecht, was wohl eine Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung darstellen dürfte,<sup>7</sup> auch wenn der Gerichtshof diesen Aspekt so nicht ausdrücklich erwähnt.
- Denkt man diesen Ansatz des Gerichtshofs zu Ende, so ist Art. 18 AEUV in Konstellationen, in denen es um die Diskriminierung von Unionsbürgern (anderer Mitgliedstaaten) aus Gründen der Staatsangehörigkeit geht, immer dann nicht anwendbar, wenn diesen kein Aufenthaltsrecht nach der RL 2004/38 zusteht, ohne dass die Voraussetzungen des Art. 18 AEUV (insbesondere Eröffnung des Anwendungsbereichs der Verträge) geprüft werden müssten. Damit schränkt das Sekundärrecht die Tragweite des Primärrechts ein und insbesondere die Rechtfertigungsdogmatik dieser Bestimmung kann nicht mehr zum Zuge kommen.
- Der Gerichtshof beantwortete nicht die Frage, wie eine Konstellation zu beurteilen wäre, in denen ein Unionsbürger zunächst ein Aufenthaltsrecht nach der RL 2004/38 hat, dieses aber im Zuge des Wegfallens seiner Voraussetzungen verloren hat, etwa weil er nicht über ausreichende finanzielle Mittel verfügt. Auch hier stellte sich die Frage, ob eine Berufung auf das Diskriminierungsverbot von vornherein ausgeschlossen wäre oder ob – wofür wohl die bisherige Rechtsprechung sowie die Effektivität des Freizügigkeitsrechts der Unionsbürger sprechen – hier der Grundsatz, dass allein eine (ggf. vorübergehende) Inanspruchnahme von Sozialhilfe nicht „automatisch“ zum sofortigen Wegfall der Aufenthaltsberechtigung führen darf, zum Zuge kommen müsste. In diesem Rahmen wäre dann jedenfalls auch der Verhältnismässigkeitsgrundsatz zu berücksichtigen.
- Schliesslich – auch hierauf ging der EuGH nicht ein – spricht einiges dafür, dass jedenfalls in denjenigen Konstellationen, in denen ein Unionsbürger ein Aufenthaltsrecht nach der RL 2004/38 hat, dieses erst nach einer sorgfältigen Prüfung der massgeblichen Umstände wegfallen kann, mit der Folge, dass das Diskriminierungsverbot nicht mehr zum Zuge kommt.

Zwar mag man dem Urteil im Ergebnis und in Anbetracht des Sachverhalts des Ausgangsfalls durchaus zustimmen. Bedauerlich sind aber die teilweise festzustel-

---

<sup>7</sup> Vgl. insoweit insbesondere EuGH, Rs. C-456/02, ECLI:EU:C:2004:488 (Trojani); siehe auch EuGH, Rs. C-184/99, ECLI:EU:C:2001:458 (Grzelczyk).

lenden dogmatischen Unschärfen, die eher apodiktisch und sehr allgemein anmutenden Formulierungen sowie das nicht wirklich klare Verhältnis zur bisherigen Rechtsprechung.

*b) Diskriminierende Sprachregelung (Rs. C-322/13, Grauel Rüffer)*

Nach dem Urteil in der Rs. C-274/96 (*Bickel und Franz*)<sup>8</sup> hatte sich der EuGH in der Rs. C-322/13<sup>9</sup> erneut mit dem Sprachenregime in Südtirol auseinanderzusetzen. Eine Regelung sah vor, dass in einem zivilrechtlichen Verfahren das Recht, sich einer anderen Sprache als der (nationalen) Amtssprache zu bedienen (*in casu* der deutschen Sprache), auf Personen beschränkt ist, die in der Gebietskörperschaft wohnhaft sind. Diese Regelung verstösst nach dem Urteil gegen Art. 18 und 21 AEUV. Der Gerichtshof übertrug damit den im erstgenannten Urteil bereits für Strafverfahren entwickelten Grundsatz auf Zivilverfahren. Im Zusammenhang mit der Rechtfertigung wies er ausdrücklich darauf hin, mögliche Zusatzkosten im Zuge einer Ausweitung des Rechts zum Gebrauch der deutschen Sprache seien als wirtschaftlicher Grund einzustufen und könnten keine Beschränkung einer vom Vertrag garantierten Grundfreiheit (gemeint ist hier offenbar Art. 21 AEUV) rechtfertigen. Im Zusammenhang mit der Frage nach der Eröffnung des Anwendungsbereichs der Verträge erachtete der Gerichtshof offenbar – ohne dies ausdrücklich zu problematisieren – Art. 21 AEUV für entscheidend (wobei im konkreten Fall auch ein Zusammenhang mit der Dienstleistungsfreiheit gegeben war).

Der Gerichtshof prüft damit in diesem Urteil – wie auch in zahlreichen anderen Urteilen – die Frage, ob der betroffene Bereich in den sachlichen Anwendungsbereich des Vertrages fällt, nicht eigens, sondern wendet Art. 18 Abs. 1 AEUV im Zuge des rechtmässigen Aufenthalts eines Unionsbürgers (auf der Grundlage des Art. 21 AEUV) im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates an. Dies könnte darauf hindeuten, dass er den sachlichen Anwendungsbereich des Vertrages allein aufgrund des rechtmässigen Aufenthalts in einem anderen Mitgliedstaat als erfüllt ansieht (wobei hiervon aber jedenfalls Bereiche, in denen der Vertrag eine besondere Verbindung zwischen Staat und „seinen“ Staatsbürgern als eine Art Tatbestandselement für die betreffenden Rechtspositionen anerkennt, ausgenommen sein dürften), ohne dass es darauf ankäme, ob der betroffene Sachbereich als solcher in den Anwendungsbereich der Verträge fällt.

*c) Diskriminierung von Luftfahrtunternehmen (Rs. C-628/11, International Jet Management)*

In der Rs. C-628/11<sup>10</sup> ging es um eine nationale Regelung, derzufolge Luftfahrtunternehmen, die über eine Betriebsgenehmigung eines anderen Mitgliedstaates verfügen, für bestimmte Flüge aus einem Drittstaat eine Erlaubnis benötigen, während eine solche für „inländische“ Luftfahrtunternehmen nicht verlangt wird. Die Erlaubnis wird nur erteilt, wenn nachgewiesen ist, dass inländische Unternehmen diese Flüge nicht durchführen können. Der Gerichtshof sah hierin einen Verstoss gegen Art. 18 AEUV. Da sich das aus dem Sekundärrecht ergebende Erfordernis

<sup>8</sup> EuGH, Rs. C-274/96, ECLI:EU:C:1998:563 (*Bickel und Franz*).

<sup>9</sup> EuGH, Rs. C-322/13, ECLI:EU:C:2014:189 (*Grauel Rüffer*).

<sup>10</sup> EuGH, Rs. C-628/11, ECLI:EU:C:2014:171 (*International Jet Management*).

einer Betriebsgenehmigung auch auf Flugdienste zwischen einem Drittstaat und einem Mitgliedstaat beziehe, fielen solche Dienste in den Anwendungsbereich der Verträge im Sinne des Art. 18 AEUV. Im Übrigen finde Art. 18 AEUV ungeachtet des Art. 58 AEUV Anwendung, da sich die zuletzt genannte Bestimmung nur auf den freien Dienstleistungsverkehr beziehe. Die mit der fraglichen Regelung einhergehende materielle Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit könne nicht durch die vorgebrachten Gründe gerechtfertigt werden. Der Schutz der nationalen Wirtschaft stelle ein wirtschaftliches Ziel dar, das eine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit nicht rechtfertigen könne. Für die Gewährleistung der Sicherheit sei die Massnahme nicht erforderlich, da diesem Anliegen bereits im Rahmen der Erteilung der Betriebsgenehmigung im Herkunftsstaat des Luftfahrtunternehmens Rechnung getragen werde.

## 2. *Bezug zur Rechtslage in der Schweiz*

Das Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU lehnt sich an eine Reihe von Rechtsakten des Primär- und Sekundärrechts der EU an, deren Bestimmungen entweder (mehr oder weniger wörtlich) wiedergegeben werden oder auf die im Abkommen verwiesen wird. Da die erst nach der Unterzeichnung des Abkommens erlassene Unionsbürgerrichtlinie 2004/38 nicht zu den derart in Bezug genommenen Rechtsakten gehört, lassen sich die diesbezüglichen Urteile nur auf das Abkommen übertragen, wenn sich eine entsprechende Bestimmung auch im FZA findet.<sup>11</sup> Denn die RL 2004/38 hat in gewissen Bestimmungen bereits vorher geltendes Recht übernommen (sowie in manchen Vorschriften zusätzlich die frühere Rechtsprechung des EuGH kodifiziert). Soweit sich Urteile des Gerichtshofs auf solche Bestimmungen der RL 2004/38 beziehen, können sie daher grundsätzlich auch im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens relevant sein. Dies ist jedoch nicht der Fall bei dem die Sozialhilfe betreffenden Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38, so dass sich die diesbezüglichen Ausführungen des Gerichtshofs in der Rechtssache *Dano* schon aus diesem Grunde nicht auf das FZA übertragen lassen. Im Übrigen haben Nichterwerbstätige nach Art. 24 Abs. 1 Anhang I FZA nur dann ein Aufenthaltsrecht, wenn sie über ausreichende finanzielle Mittel verfügen. Dieses besteht gemäss dem klaren Wortlaut von Art. 24 Abs. 8 Anhang I FZA nur so lange, wie die Berechtigten die Bedingungen des Abs. 1 erfüllen, so dass das Aufenthaltsrecht mit Wegfall der ausreichenden finanziellen Mittel automatisch entfällt. Auch ein Anspruch auf Gleichbehandlung hinsichtlich der Gewährung von Sozialhilfe aus Art. 2 FZA (vergleichbar mit Art. 18 AEUV) ist daher bei Nichterwerbstätigen im Rahmen des FZA nicht möglich, wenn sie nicht (mehr) über ausreichende finanzielle Mittel verfügen.

Das Urteil in der Rechtssache *Grauel Rüffer* betreffend das Sprachenregime in Südtirol führt im Wesentlichen die Entscheidung in der Rechtssache *Bickel und*

---

<sup>11</sup> Die Europäische Kommission hat der Schweiz vorgeschlagen, die Unionsbürgerrichtlinie durch eine Vertragsänderung in das FZA zu übernehmen, doch der Schweizerische Bundesrat „hält die heute geltenden Regeln für genügend und verzichtet auf die Aufnahme von Verhandlungen zur Übernahme der Richtlinie“ (vgl. die Medienmitteilung des Bundesamts für Migration (BFM) vom 14.06.2011, Schweiz-EU: Elftes Treffen des Gemischten Ausschusses zum Freizügigkeitsabkommen, abrufbar unter: <<https://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=39604>> [zuletzt besucht am 19.07.2015]).

*Franz* fort, welche bereits vor der Unterzeichnung des FZA entschieden wurde und daher gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA zu berücksichtigen ist.<sup>12</sup> Das FZA enthält in Art. 2 ein allgemeines Diskriminierungsverbot, welches dem Art. 18 AEUV nachgebildet ist, so dass die Rechtsprechung zu Art. 18 AEUV bei seiner Auslegung zu berücksichtigen ist.<sup>13</sup> Für die Eröffnung des Anwendungsbereichs des Art. 18 AEUV ist es auch nach der bereits vor der Unterzeichnung des FZA ergangenen ständigen Rechtsprechung des EuGH ausreichend, wenn die Diskriminierung eine Person in einer durch primäres oder sekundäres Unionsrecht eingeräumten Rechtsposition betrifft. Dies ist etwa der Fall, wenn einer Person ein Aufenthaltsrecht aus dem Unionsrecht zusteht.<sup>14</sup> Diese Anknüpfung lässt sich auf Art. 2 FZA übertragen. Demnach liegt ein Fall „der Anwendung dieses Abkommens gemäss den Anhängen I bis III“ vor, wenn eine Person sich in einer Situation befindet, in der sie ein durch das FZA verliehenes Recht ausübt. Dies kann z.B. das Aufenthaltsrecht der Nichterwerbstätigen gemäss Art. 24 Abs. 1 Anhang I FZA sein. Somit können sich die Staatsangehörigen der Vertragsparteien des FZA ebenfalls auf den Grundsatz der Nichtdiskriminierung hinsichtlich der Gerichtssprache berufen und etwa schweizerische Staatsangehörige dieses Recht in der Provinz Südtirol geltend machen. Des Weiteren ist im Rahmen des FZA – ebenso wie im EU-Recht – nicht eigens zu prüfen, ob die betroffene Massnahme in den Regelungsbereich des Abkommens fällt, so dass das Diskriminierungsverbot auch für Bereiche gilt, die wie das Prozessrecht nicht als solche zu den Regelungsgegenständen des Abkommens gehören. Schliesslich entsprechen die Ausführungen des Gerichtshofs, dass mögliche Zusatzkosten einer Ausweitung des Rechts zum Gebrauch der deutschen Sprache als wirtschaftlicher Grund einzustufen seien, der eine Beschränkung der vom Vertrag garantierten Rechte nicht rechtfertigen kann, der ständigen Rechtsprechung vor der Unterzeichnung des FZA. Auch insoweit lässt sich das Urteil also auf das Abkommen übertragen, obwohl der EuGH sich zu diesem Punkt im Urteil zum Fall *Bickel und Franz* (mangels Geltendmachung durch die italienische Regierung) nicht geäussert hat.

Hinsichtlich des Urteils *International Jet Management* ist zu berücksichtigen, dass das FZA das Recht der Dienstleistungsfreiheit nur teilweise übernimmt. Geht man mit dem Bundesgericht<sup>15</sup> und dem EuGH<sup>16</sup> davon aus, dass das FZA lediglich Aufenthaltsrechte im Zusammenhang mit der Erbringung oder dem Empfang von Dienstleistungen gewährt, nicht hingegen ein Verbot sonstiger Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit enthält, dürften betroffene Unternehmen keine Ansprüche auf die Erbringung von Dienstleistungen nach dem FZA haben. Sofern der EuGH

<sup>12</sup> EuGH, Rs. C-274/96, ECLI:EU:C:1998:563 (*Bickel und Franz*).

<sup>13</sup> Vgl. ausführlich zu den im Rahmen des Abkommens zu beachtenden Auslegungsgrundsätzen *Astrid Epiney/Robert Mosters*, Un exemple d'interprétation des accords conclus entre la Suisse et l'Union européenne : l'accord sur la libre circulation des personnes, in: Epiney/Rivière (Hrsg.), Auslegung und Anwendung von Integrationsverträgen/Interprétation et application des « traités d'intégration », 2006, 57, 61 ff.

<sup>14</sup> Vgl. hierzu z.B. *Armin von Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV, 2015, Art. 18 AEUV, Rn. 32; *Rudolf Streinz*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 2012, Art. 18 AEUV, Rn. 39.

<sup>15</sup> BGE 133 V 624; BGE 134 V 330.

<sup>16</sup> EuGH, Rs. C-70/09, ECLI:EU:C:2010:430 (Hengartner und Gasser). Siehe hierzu und zur Dienstleistungsfreiheit im FZA allgemein ausführlich *Epiney/Mosters*, SJER 2010/2011 (Fn. 2), 75, 120 ff.

im besprochenen Fall Ansprüche auf Gleichbehandlung aus Art. 18 AEUV ableitet, kommt im Rahmen des Abkommens jedoch eine Anwendung von Art. 19 Anhang I FZA in Betracht, der ein Diskriminierungsverbot zu Gunsten von Personen enthält, die nach dem FZA zur Erbringung von Dienstleistungen berechtigt sind. Ist diese Vorschrift nicht anwendbar, kommt grundsätzlich auch das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 2 FZA in Betracht. Allerdings könnte es diesbezüglich an der Eröffnung des Anwendungsbereichs von Art. 2 FZA fehlen, sofern das Abkommen kein Recht zur Dienstleistungserbringung gewährt. Soweit es sich jedoch bei den betroffenen Marktteilnehmern wie im Ausgangsfall um Luftfahrtunternehmen handelt und diese Rechte nach dem Luftverkehrsabkommen Schweiz-EU<sup>17</sup> geltend machen können, dürfte die Anwendung des allgemeinen Diskriminierungsverbots in Art. 3 des Luftverkehrsabkommens zu dem gleichen Ergebnis führen wie Art. 18 AEUV im vorliegenden Fall.

## II. Abgeleitetes Aufenthaltsrecht für Drittstaatsangehörige

### 1. Zur Rechtsprechung des EuGH

#### a) *Rs. C-456/12, O.*

In der von der Grossen Kammer entschiedenen Rs. C-456/12<sup>18</sup> führte der Gerichtshof – in Anknüpfung an sein Urteil in der Rs. C-291/05<sup>19</sup> – seine Rechtsprechung zur Frage des abgeleiteten Aufenthaltsrechts von Drittstaatsangehörigen aus Art. 21 Abs. 1 AEUV (i.V.m. der RL 2004/38) fort. Wenn ein Unionsbürger sein Recht auf Freizügigkeit nach Art. 21 Abs. 1 AEUV ausgeübt und in einem anderen Mitgliedstaat mit einem Drittstaatsangehörigen ein Familienleben begründet hat, stehe letzterem für den Fall, dass der Unionsbürger in „seinen“ Mitgliedstaat zurückkehren möchte, ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht zu. Dies ergebe sich aus Art. 21 AEUV sowie in entsprechender Anwendung der Art. 7 Abs. 1 und 2 RL 2004/38. Eine direkte Berufung auf die RL 2004/38 schloss der EuGH in Anknüpfung an seine bisherige Rechtsprechung aus, da diese Richtlinie nur die Einreise und den Aufenthalt eines Unionsbürgers in andere Mitgliedstaaten als den, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt, regle. Die effektive Wirksamkeit des Art. 21 Abs. 1 AEUV impliziere, dass das Familienleben, das der Unionsbürger im Aufnahmemitgliedstaat geführt hat, bei seiner Rückkehr in den Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt, fortgesetzt werden könne. Anderenfalls könne er nämlich davon abgehalten werden, sein Recht aus Art. 21 Abs. 1 AEUV auszuüben. Der Aufenthalt des Unionsbürgers im Aufnahmestaat müsse aber auf eine „gewisse Dauer angelegt“ gewesen sein, wobei von einer „gewissen Dauer“ nach dem Urteil nur dann auszugehen sei, wenn das Recht auf einen mehr als dreimonatigen Aufenthalt (vgl. Art. 7 Abs. 1 RL 2004/38) geltend gemacht wird. Jedenfalls nicht für ausreichend hält der Gerichtshof blosse Kurzaufenthalte (z.B. Wochenenden oder Urlaub). Im Übrigen müsse sich bei einem solchen eine gewisse Zeit andauernden Aufenthalt

---

<sup>17</sup> Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft vom 21.06.1999 über den Luftverkehr (SR 0.748.127.192.68).

<sup>18</sup> EuGH, Rs. C-456/12, ECLI:EU:C:2014:135 (O.).

<sup>19</sup> EuGH, Rs. C-291/05, ECLI:EU:C:2007:771 (Eind).



eines Unionsbürgers im Aufnahmestaat auf der Grundlage und unter Beachtung der Art. 7 Abs. 1 und 2 RL 2004/38 dort ein Familienleben entwickelt oder gefestigt haben. Schliesslich weist der Gerichtshof ausdrücklich auf das Rechtsmissbrauchsverbot hin, das allerdings voraussetze, dass eine Gesamtwürdigung der objektiven Umstände ergibt, dass trotz formaler Einhaltung der unionsrechtlichen Bedingungen das Ziel der Regelung nicht erreicht wurde, und ausserdem subjektiv die Absicht gegeben ist, sich einen unionsrechtlich vorgesehenen Vorteil dadurch zu verschaffen, dass die entsprechenden Voraussetzungen willkürlich geschaffen werden.

Damit geht der Gerichtshof davon aus, dass nicht nur (wie bereits auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung) wirtschaftlich tätige Personen drittstaatsangehörigen Familienangehörigen ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht im Falle der Rückkehr in den Heimatstaat verschaffen können, sondern alle Unionsbürger, die von ihrem Recht aus Art. 21 Abs. 1 AEUV Gebrauch machen. Dies bedeutet einen weiteren Schritt in die Richtung einer strukturellen Annäherung des Art. 21 AEUV mit den Grundfreiheiten. Allerdings formuliert der EuGH in diesem Zusammenhang eine Reihe einschränkender Voraussetzungen. Dabei ist jedoch zu betonen, dass offenbar nicht ein mindestens dreimonatiger (tatsächlicher) Aufenthalt des Unionsbürgers im Aufnahmemitgliedstaat verlangt wird, sondern nur (aber immerhin), dass der Aufenthalt auf eine gewisse Dauer angelegt war und sich auf ein Recht auf einen mehr als dreimonatigen Aufenthalt stützte. Abgrenzungsfragen dürften hier vorprogrammiert sein, ebenso wie bei der Frage, ob sich im Aufnahmemitgliedstaat ein Familienleben entwickelt oder gefestigt hat (offenbar sollen die Familienbande als solche nicht ausreichen). Fraglich ist weiter, ob in solchen „Rückkehrkonstellationen“ ein Rechtsmissbrauch vorliegen kann, was der Gerichtshof offenbar bejaht, wie seine diesbezüglichen Hinweise zeigen. Allerdings ist höchst fraglich, ob die vom Gerichtshof erwähnten sehr engen Voraussetzungen für die Annahme eines solchen Rechtsmissbrauchs in der Praxis wirklich nachweisbar sein können, sofern es nicht um eigentliche „Scheinehen“ geht. Denn neben der effektiven Verwirklichung des Rechts auf Freizügigkeit dürfte das „Ziel der Regelung“ ja auch der Schutz des Familienlebens sein, so dass es – immer im Falle des Vorliegens von Familienbanden und eines gelebten Familienlebens – kaum vorstellbar ist, dass bei Vorliegen der vom Gerichtshof skizzierten Voraussetzungen für das Rückkehrrecht das Ziel der Regelung nicht erreicht werden kann. Im Übrigen dürfte auch die Absicht, die Voraussetzungen willkürlich zu schaffen, kaum je nachweisbar sein. Schliesslich bleibt die dogmatische Konstruktion der entsprechenden Heranziehung der RL 2004/38 denkbar unklar, wobei eine analoge Anwendung von Richtlinienbestimmungen grundsätzlich wohl nicht möglich ist und vom EuGH auch – wenn überhaupt – kaum jemals angenommen wurde. Offenbar geht es darum, dass die Richtlinie – obwohl ihre Anwendbarkeit zunächst verneint wurde – im Ergebnis doch auf diese Rückkehrkonstellationen unter den im Urteil aufgeführten Voraussetzungen herangezogen werden soll. Der Grund hierfür dürfte darin liegen, dass derartige Situationen gleich gelagert sind wie die (direkt) von der Richtlinie geregelten Konstellationen. Offen bleibt dabei die Frage, ob es methodisch nicht sauberer gewesen wäre, die Richtlinie als solche – vor dem Hintergrund des Art. 21 Abs. 1 AEUV und unter Rückgriff auf teleologische Überlegungen – in den „Rückkehrkonstellationen“ anzuwenden.

b) *Rs. C-457/12, S. und G.*

Ebenfalls um das abgeleitete Aufenthaltsrecht eines drittstaatsangehörigen Familienmitglieds ging es in der von der Grossen Kammer entschiedenen *Rs. C-457/12*.<sup>20</sup> Der Unionsbürger wohnte und arbeitete in dem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit er besass, begab sich aber regelmässig als Arbeitnehmer in einen anderen Mitgliedstaat. Der Gerichtshof erachtete die RL 2004/38 nicht als einschlägig, da der Unionsbürger – im Gegensatz zur Konstellation in der *Rs. C-456/12*<sup>21</sup> (*O.*) – nicht durch eine Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht hatte. Daher komme der bereits in anderen Urteilen formulierte Grundsatz zur Anwendung, wonach aus der RL 2004/38 keine Rechte eines drittstaatsangehörigen Familienangehörigen eines Unionsbürgers auf Aufenthalt in dessen Heimatstaat abgeleitet werden könnten. Allerdings komme in der Ausgangskonstellation die Arbeitnehmerfreizügigkeit zum Zuge, die bereits immer dann anwendbar sei, wenn ein Unionsbürger im Rahmen eines Arbeitsvertrages eine Beschäftigung in einem anderen Mitgliedstaat als dem Wohnstaat ausübt.

Was das abgeleitete Aufenthaltsrecht des Familienangehörigen betrifft, überträgt der Gerichtshof letztlich die bereits in der *Rs. 60/00 (Carpenter)*<sup>22</sup> entwickelten Grundsätze auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit. Familienangehörigen eines Arbeitnehmers könne demnach ein Aufenthaltsrecht zukommen, wenn dies notwendig ist, damit der Unionsbürger seine Rechte aus Art. 45 AEUV tatsächlich wahrnehmen kann. Der Umstand, dass es wünschenswert erscheinen mag, dass ein Drittstaatsangehöriger, der mit dem Ehegatten des Unionsbürgers in aufsteigender Linie verwandt ist, die Betreuung für ein Kind des Unionsbürgers übernimmt, genüge für sich allein noch nicht, um eine abschreckende Wirkung in Bezug auf die Wahrnehmung der Grundfreiheit festzustellen, wenn dem Verwandten der Aufenthalt verweigert werde. Diese Relativierung bleibt in ihrer Tragweite enigmatisch: Bei drittstaatsangehörigen Ehegatten (wie in der *Rs. Carpenter*) soll offenbar die Kinderbetreuung „automatisch“ dazu führen, dass ihr Aufenthalt – im Falle häufiger Auslandsabwesenheiten des Unionsbürgers – für die Effektivität der Wahrnehmung der Grundfreiheiten notwendig ist, bei sonstigen Familienangehörigen offenbar nicht. Dabei geht es in beiden Fallgestaltungen um dasselbe Problem, nämlich die Beaufsichtigung von Kindern. Zudem bleibt unklar, welche zusätzlichen Elemente erforderlich sein sollen, damit die „abschreckende Wirkung“ angenommen werden kann. Möglicherweise – wobei der Gerichtshof mit keinem Wort hierauf eingeht – könnte der Schutz des Familienlebens hier eine Rolle spielen.

2. *Bezug zur Rechtslage in der Schweiz*

Das Urteil des EuGH in der Rechtssache *O.* betrifft die Frage eines abgeleiteten Aufenthaltsrechts von Drittstaatsangehörigen aus Art. 21 Abs. 1 AEUV i.V.m. Art. 7 Abs. 1 und 2 RL 2004/38 in entsprechender Anwendung. Da der Anspruch gegen den Mitgliedstaat geltend gemacht wird, dessen Staatsangehörigkeit der nachziehende Unionsbürger besitzt, ist eine direkte Anwendung der Richtlinie wegen ihres

---

<sup>20</sup> EuGH, *Rs. C-457/12*, ECLI:EU:C:2014:136 (*S. und G.*).

<sup>21</sup> EuGH, *Rs. C-456/12*, ECLI:EU:C:2014:135 (*O.*). Vgl. hierzu oben.

<sup>22</sup> EuGH, *Rs. C-60/00*, ECLI:EU:C:2002:434 (*Carpenter*).

Wortlauts nicht möglich. In einer derartigen Rückkehrkonstellation kommt daher nach dem Urteil des EuGH nur eine direkte Berufung auf das primärrechtliche Aufenthaltsrecht des Unionsbürgers gemäss Art. 21 Abs. 1 AEUV in Betracht. Der *effet utile*, d.h. die praktische Wirksamkeit dieser Vorschrift, gebiete es, dass das Familienleben, das der Unionsbürger im Aufnahmemitgliedstaat geführt hat, bei seiner Rückkehr in den Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt, fortgesetzt werden könne, da er anderenfalls davon abgehalten werden könnte, sein Recht aus Art. 21 Abs. 1 AEUV auszuüben. Daher stehe dem Drittstaatsangehörigen ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht zu, wenn der Unionsbürger in „seinen“ Mitgliedstaat zurückkehren möchte, nachdem er sein Recht auf Freizügigkeit nach Art. 21 Abs. 1 AEUV ausgeübt und in einem anderen Mitgliedstaat mit dem Drittstaatsangehörigen ein Familienleben begründet hat. Im Freizügigkeitsabkommen ist der Familiennachzug in Art. 3 Anhang I FZA geregelt, der dem Art. 10 VO 1612/68 nachgebildet und daher ebenso wie dieser auszulegen ist. Zwar stimmt die Regelung des Art. 7 Abs. 1 und 2 RL 2004/38 nicht mehr wortgleich mit diesem überein, doch ist dies insbesondere auf redaktionelle Gründe zurückzuführen, da die neue Richtlinie die Bestimmungen mehrerer Sekundärrechtsakte in einem neuen Rechtsakt zusammenführt. Inhaltlich findet sich denn auch die Regelung des Art. 10 VO 1612/68 in der Unionsbürgerrichtlinie wieder, so dass das Urteil des EuGH insofern für die Auslegung des FZA relevant sein kann. Dem Aufenthaltsrecht der Nichterwerbstätigen aus Art. 21 Abs. 1 AEUV entspricht im Abkommen dasjenige aus Art. 24 Abs. 1 Anhang I FZA, welches ebenfalls so auszulegen ist, dass seine praktische Wirksamkeit zur Geltung kommt. Denn auch aus der „alten“ Rechtsprechung ergibt sich, dass die Bestimmungen über die Freizügigkeit mit Blick auf ihre praktische Wirksamkeit und daher grundsätzlich weit auszulegen sind, so dass das Urteil des EuGH insofern lediglich eine Konkretisierung dieser Grundsätze darstellt. Zwar handelt es sich um eine neu entschiedene konkrete Frage, die im Rahmen des Abkommens jedoch unter Berücksichtigung auch der durch den EuGH in der früheren Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur Auslegung der Freizügigkeitsbestimmungen zu entscheiden ist. Das Recht des Staatsangehörigen einer Vertragspartei auf Aufenthalt in einem anderen Vertragsstaat wäre in seiner Wirksamkeit ebenfalls beeinträchtigt, wenn er nach Beendigung seines Aufenthalts nicht in den Heimatstaat zurückkehren und seine Familienangehörigen nachziehen könnte. Es lässt sich freilich in Frage stellen, ob dabei Art. 3 Anhang I FZA ebenso wie Art. 7 Abs. 1 und 2 RL 2004/38 analog herangezogen werden kann, zumal es sich bei dem Urteil insofern um eine „neue Rechtsprechung“ handelt und dies auch bei Richtlinienbestimmungen, wie gezeigt, dogmatisch nicht unproblematisch ist. Auch ist bei der Auslegung völkerrechtlicher Verträge grundsätzlich nur sehr zurückhaltend von Analogien Gebrauch zu machen, da es häufig schon an einer planwidrigen Regelungslücke fehlen dürfte und die Staaten im „klassischen“ Völkerrecht nur insoweit Pflichten erfüllen müssen, wie sie sich selbst dazu verpflichtet haben.<sup>23</sup> Wegen des Grundsatzes der „parallelen Auslegung“ des FZA im Verhältnis zum EU-Recht, welcher u.a. in Art. 16 Abs. 1 und 2 FZA, aber auch in Art. 1 FZA und der Präambel Ausdruck gefunden hat, und der damit verbundenen Anlehnung an das Unionsrecht dürften Analogien im FZA jedoch grundsätzlich möglich

<sup>23</sup> Vgl. z.B. *Andreas von Arnaud*, Völkerrecht, 2014, Rn. 392; *Wolfgang Graf Vitzthum* (Hrsg.), Völkerrecht, 2013, Rn. I-124.

sein. Im Übrigen kann das gleiche Ergebnis bereits mit Rückgriff auf die Auslegung des Art. 24 Abs. 1 Anhang I FZA unter dem Gesichtspunkt des *effet utile* begründet werden, ohne dass es zusätzlich einer Analogie zu Art. 3 Anhang I FZA bedarf.<sup>24</sup>

Die Ausführungen des Gerichtshofs in der Rechtssache *S. und G.* zu den Voraussetzungen eines abgeleiteten Aufenthaltsrechts eines drittstaatsangehörigen Familienangehörigen aus dem Recht der Arbeitnehmerfreizügigkeit lassen sich grundsätzlich auf das Freizügigkeitsabkommen übertragen. Zwar handelt es sich wiederum um eine in der bisherigen Rechtsprechung so noch nicht entschiedene Sachverhaltskonstellation, doch kommen die in der Rechtsprechung vor der Unterzeichnung des Abkommens bereits etablierten Auslegungsgrundsätze zur Anwendung, wonach die Grundfreiheiten grundsätzlich weit und mit Blick auf ihre praktische Wirksamkeit auszulegen sind. Art. 2 und 6 Anhang I FZA gewähren einen Anspruch auf Aufenthalt und Zulassung zu einer unselbständigen Erwerbstätigkeit auf dem Gebiet einer anderen Vertragspartei, welcher dem Art. 45 AEUV nachgebildet und daher unter Berücksichtigung dieser Vorschrift auszulegen ist. Auch wenn das hier vor allem relevante Urteil in der Rechtssache *Carpenter*<sup>25</sup> erst nach dem Stichtag des Art. 16 Abs. 2 FZA ergangen ist, so handelt es sich doch um die Anwendung der bereits zuvor bekannten Grundsätze auf eine neue Sachverhaltskonstellation. Soweit dabei im Unionsrecht auf die Unionsgrundrechte zurückzugreifen ist, können diese für die Auslegung des FZA ebenfalls relevant sein. Das FZA nimmt auf diese zwar nicht ausdrücklich Bezug, doch sieht es eine „Anlehnung“ an das Unionsrecht und seine Auslegung in der EU vor. Sofern dabei die EU-Grundrechte, insbesondere auf Achtung des Privat- und Familienlebens, zu berücksichtigen sind, sind diese in diesem Rahmen dann auch für die Auslegung des FZA relevant, allerdings nicht als solche, sondern als Teil des in das Abkommen „übernommenen“ Unionsrechts.<sup>26</sup>

### III. Einreiserecht von drittstaatsangehörigen Familienangehörigen

#### 1. Zur Rechtsprechung des EuGH: Rs. C-202/13, *McCarthy*

In der Rs. C-202/13<sup>27</sup> ging es um eine drittstaatsangehörige Ehegattin eines Unionsbürgers, der nach der Ausübung seines Freizügigkeitsrechts gemeinsam mit seiner Ehegattin wieder in seinen Heimatstaat zurückkehren wollte. Diese Situation fällt laut EuGH in den Anwendungsbereich der RL 2004/38, wobei konkret die für

---

<sup>24</sup> Zur Begründung von Aufenthaltsrechten drittstaatsangehöriger Familienangehöriger aus dem *effet utile* der Grundfreiheiten und der von ihnen gewährten Aufenthaltsrechte ohne Rückgriff auf die sekundärrechtlichen Vorschriften über den Familiennachzug siehe auch EuGH, Rs. C-60/00, ECLI:EU:C:2002:434 (*Carpenter*) und sogleich die Rechtssache *S. und G.*

<sup>25</sup> EuGH, Rs. C-60/00, ECLI:EU:C:2002:434 (*Carpenter*).

<sup>26</sup> Zur Problematik im Einzelnen *Astrid Epiney*, Zur Verbindlichkeit der EU-Grundrechte in der und für die Schweiz, in: *Altermatt/Casasus* (Hrsg.), 50 Jahre Engagement der Schweiz im Europarat 1963-2013, 2013, 141 ff. Im Ergebnis ebenso *Matthias Oesch*, Grundrechte als Elemente der Wertegemeinschaft Schweiz-EU. Zur Auslegung der bilateralen Verträge, ZBl 2014, 171 ff.

<sup>27</sup> EuGH, Rs. C-202/13, ECLI:EU:C:2014:2450 (*McCarthy*).

diese verlangten Einreiseformalitäten zur Debatte standen. Der Gerichtshof hielt in diesem Zusammenhang folgendes fest:

- Art. 5 Abs. 2 RL 2004/38, wonach der Besitz einer gültigen (von einem anderen Mitgliedstaat ausgestellten) Aufenthaltskarte die Familienangehörigen des Unionsbürgers von der Visumspflicht entbindet, richte sich allgemein an die Mitgliedstaaten. Daher könne diese Bestimmung auch bei der Einreise in das Hoheitsgebiet des Herkunftsmitgliedstaates des Unionsbürgers (der Referenzperson) geltend gemacht werden.
- Das allgemein geltende Erfordernis einer Einreiseerlaubnis für drittstaatsangehörige Familienangehörige – wie sie in Grossbritannien wegen des als „systematisch“ eingestuften Risikos des Rechtsmissbrauchs oder des Betrugs zum Zuge komme – führe dazu, dass drittstaatsangehörige Familienangehörige eines Unionsbürgers „automatisch“ von dem Recht aus Art. 5 Abs. 2 RL 2004/38 ausgeschlossen seien.
- Zwar könne (auch) das Recht aus Art. 5 Abs. 2 RL 2004/38 eingeschränkt werden, jedoch nur unter Beachtung der in Art. 27 und 35 RL 2004/38 formulierten Voraussetzungen. Diese Bestimmungen sehen vor, dass Einreise und Aufenthalt aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit beschränkt werden können (Art. 27) und dass die durch die Richtlinie verliehenen Rechte im Falle von Rechtsmissbrauch oder Betrug verweigert, aufgehoben oder widerrufen werden dürfen. Allerdings sei in jedem Fall die Verhältnismässigkeit zu beachten, so dass generalpräventive Gründe nicht zulässig seien. Im Übrigen verleihe die Richtlinie 2004/38 individuelle Rechte, so dass – wie sich auch aus den Verfahrensgarantien ergebe – die Betroffenen Umstände und Erwägungen in Bezug auf ihre individuelle Situation geltend machen können müssten. Insgesamt sei somit für jede Einschränkung der sich aus der Richtlinie 2004/38 ergebenden Rechte eine individuelle Prüfung des Einzelfalls notwendig. Das in Frage stehende allgemeine Erfordernis einer Einreiseerlaubnis stehe daher nicht mit den Vorgaben der Richtlinie in Einklang.
- Eine solche Massnahme impliziere im Übrigen, dass allein die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe von Personen die Verweigerung eines in der Richtlinie 2004/38 ausdrücklich gewährleisteten Rechts erlaube. Dies hätte zur Folge, dass es den Mitgliedstaaten aufgrund eines Automatismus erlaubt wäre, gewisse Bestimmungen der Richtlinie 2004/38 unangewendet zu lassen. Damit würde in den „Wesenskern des elementaren und fundamentalen Rechts der Unionsbürger (...), sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten“, sowie in die abgeleiteten Rechte der Familienangehörigen eingegriffen. Nach diesem Ansatz des Gerichtshofs soll also offenbar der Wesenskern des Freizügigkeitsrechts jeglichem Automatismus und jeglichem Abstellen allein auf eine Gruppenzugehörigkeit als Begründung für Einschränkungen der sich aus der Richtlinie ergebenden Rechte entgegenstehen.
- Das Protokoll Nr. 20 (das die Nichtbeteiligung Grossbritanniens am Schengen-Besitzstand und damit auch am Grundsatz der Aufhebung der Kontrollen an den Grenzen vorsieht) stehe dieser Auslegung nicht entgegen. Hieraus könne nur das Recht auf Grenzkontrollen abgeleitet werden, nicht jedoch das Recht, die Voraussetzungen für die Einreise, die auf der Grundlage der Richtlinie 2004/38

zum Zuge kommen, zu modifizieren bzw. zusätzliche Anforderungen vorzusehen.

## 2. *Bezug zur Rechtslage in der Schweiz*

Anders als im Unionsrecht kann gemäss Art. 1 Abs. 1 Uabs. 2 Anhang I FZA ein Einreisevisum von den Familienangehörigen verlangt werden, wenn sie nicht die Staatsangehörigkeit einer Vertragspartei besitzen. Für die Einreise in die Schweiz gelten gemäss Art. 7 VEP<sup>28</sup> die allgemeinen Bestimmungen über Reisedokumente und Visa gemäss Artikel 4 und 5 der Verordnung über die Einreise und die Visumerteilung (VEV).<sup>29</sup> Gemäss Artikel 4 Absatz 2 lit. a VEV sind Familienangehörige für einen Aufenthalt von bis zu höchstens drei Monaten von der Visumpflicht ausgenommen, wenn sie ein gültiges und anerkanntes Reisedokument und einen gültigen Aufenthaltstitel in einem Schengen-Mitgliedstaat gemäss Anhang 2 des Handbuchs für die Bearbeitung von Visumanträgen und die Änderung von bereits erteilten Visa (Visahandbuch)<sup>30</sup> besitzen.

## IV. Begriff des Familienangehörigen

### 1. *Zur Rechtsprechung des EuGH: Rs. C-423/12, Reyes*

Art. 2 Nr. 2 lit. c RL 2004/38 (Unionsbürgerrichtlinie) definiert als „Familienangehörige“ von Unionsbürgern (denen eine ganze Reihe von Rechten zukommt, insbesondere Aufenthaltsrechte) u.a. die Verwandten in gerader absteigender Linie des Unionsbürgers und des Ehegatten oder des Lebenspartners, die das 21. Lebensjahr noch nicht vollendet haben oder denen von diesen Unterhalt gewährt wird. In der Rs. C-423/12<sup>31</sup> präzisierte der Gerichtshof bezüglich dieser zweiten Alternative (Personen, denen Unterhalt gewährt wird), dass hier – über das verlangte Abhängigkeitsverhältnis hinaus – keine zusätzlichen Anforderungen gestellt werden dürfen, so dass die Eigenschaft als Familienangehöriger in direkt absteigender Linie auch bei Personen über 21 Jahre ausschliesslich von der Unterhaltsgewährung abhängt. Ob der Betreffende nachweist, dass er (vergeblich) versucht hat, Arbeit zu finden, von den Behörden seiner Herkunftslands Hilfe zum Lebensunterhalt zu erlangen oder auf sonstige Weise seinen Lebensunterhalt zu bestreiten, ist daher in diesem Zusammenhang unbeachtlich, ebenso wie die möglichen Aussichten, eine Arbeit zu finden. Der Gerichtshof begründet seinen Ansatz mit der weiten Auslegung der Vorschriften, die die Freizügigkeit der Unionsbürger gewährleisten sollen, da es bei der Freizügigkeit um die Grundlagen der Union gehe. Zusätzliche

---

<sup>28</sup> Verordnung über die schrittweise Einführung des freien Personenverkehrs zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union und deren Mitgliedstaaten sowie unter den Mitgliedstaaten der Europäischen Freihandelsassoziation vom 22.05.2002 (Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs, VEP; SR 142.203).

<sup>29</sup> Verordnung über die Einreise und die Visumerteilung vom 22.10.2008 (VEV; SR 142.204).

<sup>30</sup> Beschluss der Kommission vom 19.03.2010 über ein Handbuch für die Bearbeitung von Visumanträgen und die Änderung von bereits erteilten Visa; K(2010) 1620 endgültig.

<sup>31</sup> EuGH, Rs. C-423/12, ECLI:EU:C:2014:16 (Reyes).

Erfordernisse – wie die erwähnten – seien geeignet, das Aufenthaltsrecht des Familienangehörigen übermässig zu erschweren, zumal ihr Vorliegen häufig nur sehr schwer nachweisbar sein wird. Im Übrigen stünde eine Anforderung, wonach bereits der Begriff des Familienangehörigen im Sinne der genannten Bestimmung von der Aussicht auf Arbeit im Aufnahmestaat abhängig wäre, in einem Widerspruch zu dem in Art. 23 RL 2004/38 garantierten Recht, im Aufnahmemitgliedstaat eine Arbeit zu suchen.

## 2. *Bezug zur Rechtslage in der Schweiz*

Der Definition der „Familienangehörigen“ von Unionsbürgern in Art. 2 Nr. 2 lit. c RL 2004/38 entspricht im Freizügigkeitsabkommen die Vorschrift des Art. 3 Abs. 2 lit. a Anhang I FZA. Als Familienangehörige gelten demnach ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit „der Ehegatte und die Verwandten in absteigender Linie, die noch nicht 21 Jahre alt sind oder denen Unterhalt gewährt wird“. Da die Regelung hinsichtlich der Verwandten in absteigender Linie über 21 Jahre, denen Unterhalt gewährt wird, inhaltlich identisch ist, kommt eine Übertragung des Urteils auf das FZA grundsätzlich in Betracht. Zwar war die konkrete Frage in der Rechtsprechung vor der Unterzeichnung des Abkommens noch nicht entschieden, doch leitet der EuGH das Ergebnis wieder unter Zuhilfenahme der etablierten Auslegungsgrundsätze her, wonach die Grundfreiheiten grundsätzlich weit und mit Blick auf ihre praktische Wirksamkeit auszulegen sind. Darüber hinaus lässt sich auch das Argument, dass die Familienangehörigen gemäss Art. 23 RL 2004/38 das Recht haben, im Aufnahmemitgliedstaat eine Arbeit zu suchen, auf das Abkommen übertragen. Denn dieses sieht in Art. 3 Abs. 5 Anhang I FZA eine entsprechende Gewährleistung vor. Somit sprechen gute Argumente dafür, dass die Auslegung des FZA letztlich zum gleichen Ergebnis führt.

## V. Erwerb des Rechts auf Daueraufenthalt und Ausweisungsschutz

### 1. *Zur Rechtsprechung des EuGH*

Nach Art. 16 Abs. 1 und 2 RL 2004/38 erwerben Unionsbürger sowie (auch drittstaatsangehörige) Familienangehörige eines Unionsbürgers das Recht auf sog. Daueraufenthalt im Aufnahmestaat, wenn sie sich rechtmässig fünf Jahre lang ununterbrochen im Aufnahmemitgliedstaat aufgehalten haben. Bei Familienangehörigen wird vorausgesetzt, dass der Unionsbürger selbst als Referenzperson die Voraussetzungen für ein Daueraufenthaltsrecht erfüllt und im betreffenden Zeitraum ein gemeinsamer Aufenthalt vorlag. Somit muss zwangsläufig ein Aufenthaltsrecht gemäss Art. 7 Abs. 2 RL 2004/38 als Familienangehörige vorgelegen haben, und es können nur Aufenthaltszeiten berücksichtigt werden, die die in dieser Vorschrift vorgesehenen Voraussetzungen erfüllen.<sup>32</sup> Im Übrigen sieht Art. 28 RL 2004/38 einen verstärkten Ausweisungsschutz bei einer gewissen Zeit des Aufenthalts im Aufnahmestaat vor.

<sup>32</sup> Siehe insoweit auch schon EuGH, Rs. C-529/11, ECLI:EU:C:2013:290 (Alarape und Tijani); zu diesem Urteil *Epiney/Mosters*, SJER 2013/2014 (Fn. 2), 57, 74.

In den im Folgenden angezeigten Urteilen hatte sich der Gerichtshof zur Berechnung der nach diesen Vorschriften massgeblichen Zeiträume zu äussern.

a) *Rs. C-378/12, Onuekwere*

In der Rs. C-378/12<sup>33</sup> stellte der Gerichtshof klar, dass Zeiträume, während derer ein drittstaatsangehöriger Familienangehöriger eines Unionsbürgers eine Freiheitsstrafe verbüsst hat, bei der Berechnung der notwendigen Zeiträume nicht gezählt werden könnten. Denn während dieser Zeit habe sich der Familienangehörige gerade nicht bei dem Unionsbürger aufgehalten. Zudem sei der notwendige Zeitraum auch im Zusammenhang mit der damit regelmässig erfolgenden Integration zu sehen. Verbüsse nun eine Person eine Freiheitsstrafe ohne Bewährung, so sei dies jedoch eher ein Anzeichen für eine fehlende Integration, so dass eine Berücksichtigung der Haftzeit dem mit der Einführung eines Daueraufenthaltsrechts verfolgten Ziel zuwiderliefe. Aus letztlich parallelen Gründen schliesst der Gerichtshof im Übrigen, dass die Verbüssung einer Freiheitsstrafe die Kontinuität des Aufenthalts unterbreche.

b) *Rs. C-400/12, G*

Ebenfalls um die Berechnung von Zeiträumen und ihre (mögliche) Unterbrechung durch die Verbüssung einer Freiheitsstrafe ging es in der am selben Tag entschiedenen Rs. C-400/12.<sup>34</sup> Der Fall betraf den in Art. 28 Abs. 3 RL 2004/38 vorgesehenen verstärkten Ausweisungsschutz von Unionsbürgern nach einem zehnjährigen Aufenthalt im Aufnahmestaat. Dieser Zeitraum müsse grundsätzlich ununterbrochen sein, wobei er durch die Verbüssung einer Freiheitsstrafe – die auch nicht zu den zehn Jahren zähle – unterbrochen werde.

Der Gerichtshof greift hier im Wesentlichen auf parallele Erwägungen wie in der Rs. C-378/12 zurück. Allerdings präzisiert er (im Anschluss an die Rs. C-145/09<sup>35</sup>), dass bei der Frage, inwieweit die Diskontinuität des Aufenthalts in den letzten zehn Jahren vor der Ausweisung des Betroffenen diesen daran hindert, in den Genuss des verstärkten Schutzes zu kommen, eine umfassende Beurteilung der Situation des Betroffenen vorzunehmen sei. In diesem Rahmen könne auch berücksichtigt werden, dass sich der Betroffene in den letzten zehn Jahren vor der Freiheitsstrafe im Aufenthaltsstaat aufgehalten hat. Interessant ist hier insbesondere, dass der Gerichtshof – trotz klarer Zahlen in der Richtlinie – jedenfalls bei Art. 28 RL 2004/38 offenbar noch eine eigentliche Einzelabwägung verlangt.

c) *Rs. C-244/13, Ogieriakhi*

Auch in der Rs. C-244/13<sup>36</sup> ging es um die Frage, ob ein drittstaatsangehöriger Familienangehöriger eines Unionsbürgers die in Art. 16 Abs. 2 RL 2004/38 geforderten fünf Jahre im Aufnahmestaat verbracht hat. Der Gerichtshof hielt fest, dass diese Frage auch dann bejaht werden könne, wenn die Eheleute (es ging um einen

---

<sup>33</sup> EuGH, Rs. C-378/12, ECLI:EU:C:2014:13 (Onuekwere).

<sup>34</sup> EuGH, Rs. C-400/12, ECLI:EU:C:2014:9 (G).

<sup>35</sup> EuGH, Rs. C-145/09, ECLI:EU:C:2010:708 (Tsakouridis); zu diesem Urteil im Einzelnen *E-piney/Mosters*, SJER 2010/2011 (Fn. 2), 75, 91 ff.

<sup>36</sup> EuGH, Rs. C-244/13, ECLI:EU:C:2014:2068 (Ogieriakhi).



drittstaatsangehörigen Ehegatten) nicht während dieser ganzen fünf Jahre zusammengelebt hätten, sofern der Aufenthalt gemäss den zum Zeitpunkt des Aufenthalts geltenden Vorschriften rechtmässig gewesen sei. Denn das eheliche Band könne erst mit der Scheidung als aufgelöst angesehen werden, selbst wenn die Ehegatten die Absicht haben, sich später scheiden zu lassen. Daher dürfe die Wendung in Art. 16 Abs. 2 RL 2004/38, wonach sich der Familienangehörige „mit“ dem Unionsbürger im Aufnahmestaat aufgehalten haben muss, nicht so verstanden werden, dass sie effektiv (im selben Haushalt) zusammenleben. Dies gelte selbst dann, wenn sie mit jeweils anderen Partnern zusammenlebten. Eine andere Auslegung trüge der praktischen Wirksamkeit der RL 2004/38 nicht Rechnung. Ausserdem habe es der Unionsbürger im Falle einer wörtlichen Auslegung in der Hand, durch einseitig ergriffene Massnahmen die Rechte des Familienangehörigen zu beschneiden, was dem Ziel der Richtlinie, dass auch den Familienangehörigen das Aufenthaltsrecht ausschliesslich auf ihrer persönlichen Grundlage erhalten bleiben müsse, widerspräche. Im Übrigen kämen auch geschiedenen drittstaatsangehörigen Ehegatten von Unionsbürgern nach Art. 13 und 18 RL 2004/38 unter bestimmten Voraussetzungen Aufenthaltsrechte zu, und es sei wenig kohärent, wenn getrennt lebende Ehegatten weniger günstig behandelt würden als geschiedene Ehegatten.

## 2. *Bezug zur Rechtslage in der Schweiz*

Das Freizügigkeitsabkommen lehnt sich an die zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abkommens bestehenden Sekundärrechtsakte zur Personenfreizügigkeit an, übernimmt aber nicht die erst später erlassene Unionsbürgerrichtlinie 2004/38. Daher können Urteile des EuGH, die sich auf Rechte beziehen, die durch die RL 2004/38 neu eingeführt wurden, wie insbesondere das Daueraufenthaltsrecht gemäss Art. 16 RL 2004/38, nicht auf das FZA übertragen werden, da es insoweit an einer parallelen Rechtsnorm im Abkommen fehlt. Daneben finden sich in der Richtlinie 2004/38 jedoch auch Vorschriften, die aus den „alten“ Sekundärrechtsakten und der hierzu ergangenen Rechtsprechung übernommen wurden. Soweit sich das FZA an diese anlehnt, können die Ausführungen des Gerichtshofs zu ihrer Auslegung auch im Rahmen des Abkommens relevant sein. Die drei „Stufen“ des in Art. 28 RL 2004/38 geregelten Ausweisungsschutzes finden sich zwar so noch nicht in der RL 64/221, welche gemäss Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA bei Ausweisungen aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit zu beachten ist. Die Regelung in Art. 28 RL 2004/38 stellt jedoch letztlich eine Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes dar. Dieser war – neben dem ebenfalls zu berücksichtigenden Grundrecht aus Art. 8 EMRK bzw. Art. 7 GRC – auch schon in der ständigen Rechtsprechung des EuGH vor der Unterzeichnung des Abkommens massgeblich für die Zulässigkeit von Ausweisungen. Er ist denn auch bei der Auslegung des Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA, wonach die aufgrund des Abkommens eingeräumten Rechte aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit eingeschränkt werden dürfen, ebenfalls heranzuziehen. Dabei ist wie im Unionsrecht eine umfassende Beurteilung der Situation des Betroffenen vorzunehmen. Daher ist es ebenso wie im Unionsrecht legitim, dass im Rahmen der Abwägung die Verbüssung einer Freiheitsstrafe die Kontinuität des Aufenthalts unterbricht und bei der Bemessung der Dauer des Aufenthalts ausser Acht gelassen werden darf.

## VI. Exkurs: Zulassung von Drittstaatsangehörigen zu Bildungszwecken

### 1. Zur Rechtsprechung des EuGH: Rs. C-491/13, *Ben Alaya*

Die sog. „Studentenrichtlinie“ 2004/114<sup>37</sup> sieht vor, dass Drittstaatsangehörige sich unter bestimmten Voraussetzungen zu Bildungszwecken und einigen weiteren Zwecken in das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten begeben dürfen. In der Rs. C-491/13<sup>38</sup> stellte der Gerichtshof klar, dass die Richtlinie ein entsprechendes Recht der Drittstaatsangehörigen vorsehe, so dass die Mitgliedstaaten verpflichtet seien, diese in ihrem Hoheitsgebiet zuzulassen, falls die in der Richtlinie formulierten und abschliessend zu verstehenden Zulassungsbedingungen erfüllt sind und keiner der in der Richtlinie ausdrücklich genannten Gründe geltend gemacht werden kann, die die Versagung eines Aufenthaltstitels rechtfertigen. Der Gerichtshof begründete diese (u.E. überzeugende Auslegung) insbesondere mit dem Hinweis auf die Zielsetzung der Richtlinie, die Zulassungsbedingungen für Drittstaatsangehörige, die sich zur Wahrnehmung der von der Richtlinie erfassten Tätigkeiten in das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten begeben, zu vereinheitlichen und die entsprechende Mobilität der Drittstaatsangehörigen zu fördern. Diesen Zwecken laufe es zuwider, wenn die Mitgliedstaaten über die in der Richtlinie vorgesehenen Bedingungen hinaus zusätzliche Voraussetzungen für die Zulassung der von der Richtlinie Begünstigten vorsehen könnten.<sup>39</sup>

### 2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Die Richtlinie 2004/114 gehört nicht zu den vom Freizügigkeitsabkommen in Bezug genommenen Rechtsakten. Eine vergleichbare Vorschrift findet sich auch nicht in den übrigen vom Abkommen übernommenen Regelungen, welches Drittstaatsangehörigen im Wesentlichen nur als Familienangehörigen von Staatsangehörigen der Vertragsparteien subjektive Rechte verleiht. Die Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache *Ben Alaya* lässt sich daher nicht auf das FZA übertragen.

---

<sup>37</sup> RL 2004/114/EG über die Bedingungen für die Zulassung von Drittstaatsangehörigen zur Absolvierung eines Studiums oder zur Teilnahme an einem Schüleraustausch, einer unbezahlten Ausbildungsmassnahme oder einem Freiwilligendienst, ABl. 2004 L 375, 12.

<sup>38</sup> EuGH, Rs. C-491/13 ECLI:EU:C:2014:2187 (*Ben Alaya*).

<sup>39</sup> Siehe im Übrigen EuGH, Rs. C-338/13, ECLI:EU:C:2014:2092 (*Noorzia*): Der Fall betraf die Auslegung von Art. 4 Abs. 5 RL 2003/86 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung (ABl. 2003 L 251, 12). Dieser erlaubt es den Mitgliedstaaten, zur Förderung der Integration und zur Vermeidung von Zwangsehen für die Familienzusammenführung von Ehegatten vorzusehen, dass sowohl der Zusammenführende als auch der Ehegatte ein Mindestalter von 21 Jahren erreicht haben. Die Vorschrift stehe einer mitgliedstaatlichen Regelung, wonach der hierfür massgebliche Zeitpunkt derjenige der Antragstellung (und nicht derjenige der Bescheidung) sei, nicht entgegen.

## C. Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 AEUV)

### I. Arbeitnehmerbegriff und Tätigkeiten in der öffentlichen Verwaltung

#### 1. Zur Rechtsprechung des EuGH

##### a) Rs. C-270/13, *Haralambidis*

Mit zwei Grundfragen des Rechts der Arbeitnehmerfreizügigkeit hatte sich der Gerichtshof in der Rs. C-270/13<sup>40</sup> auseinanderzusetzen:

- Erstens sei auch der Präsident einer Hafenbehörde – so wie dieses Amt in Italien ausgestaltet ist – als Arbeitnehmer anzusehen. Denn der zuständige Minister verfüge über Kontroll- und ggf. auch Sanktionsbefugnisse gegenüber dem Präsidenten (Ernennung, Amtsenthebung bzw. Entlassung unter bestimmten Voraussetzungen, Genehmigungserfordernis bestimmter Entscheidungen), so dass ein Abhängigkeitsverhältnis vorliege. Weiter erhalte der Präsident für seine Tätigkeit ein Entgelt, und die Tatsächlichkeit und Echtheit der Tätigkeit sei nicht bestritten.

Deutlich wird damit, dass auch solche Aktivitäten, die nicht die „typischen“ Merkmale eines Arbeitsverhältnisses aufweisen, als im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses geleistet anzusehen sein können. Insbesondere ändert eine gewisse Unabhängigkeit einer Person bei der Ausübung ihrer Tätigkeit nichts daran, dass sie als Arbeitnehmerin einzustufen ist. Die im Rahmen eines Abhängigkeitsverhältnisses durchaus notwendige Kontrolle kann also auch (lediglich) weitmaschig sein, so dass auch etwa Mitglieder einer Unternehmensleitung als Arbeitnehmende anzusehen sind. Aufgeworfen wird damit die – vom EuGH im angezeigten Urteil nicht zu beantwortende – Frage, ob auch Mitglieder unabhängiger Institutionen – z.B. Aufsichtsorgane wie Datenschutzbeauftragte, aber auch Richter – als Arbeitnehmer anzusehen sind. Die vom EuGH angeführten Kontrollbefugnisse einer übergeordneten Stelle gibt es hier im Hinblick auf die Wahrung der Unabhängigkeit gerade nicht. Dennoch spricht wohl einiges für die Bejahung der Frage, zumindest soweit es sich um administrativ an eine andere Stelle bzw. Behörde angegliederte Personen handelt, in Bezug auf welche zumindest gewisse Befugnisse (z.B. solche disziplinarischer Art) bestehen. Allerdings wird hier häufig die Bereichsausnahme der Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung (Art. 45 Abs. 4 AEUV) greifen.

- Eine solche Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung liegt nach Ansicht des Gerichtshofs jedoch bei einem Präsidenten der Hafenbehörde (so wie dessen Tätigkeit im Ausgangsfall ausgestaltet war) nicht vor. Denn in Bezug auf eine ganze Reihe von Befugnissen komme diesem lediglich ein Vorschlagsrecht und keine Entscheidungsbefugnis zu, und die Befugnisse zur Koordinierung und Förderung von Tätigkeiten anderer Stellen seien nicht als Ausübung hoheitlicher Befugnisse anzusehen. Das Gleiche gelte für die ihm obliegende Erteilung von Zulassungen und Konzessionen für Fahrgebiete und Anleger an Unternehmen, die Arbeiten ausführen oder Hafendienstleistungen erbringen wollen. Denn es

<sup>40</sup> EuGH, Rs. C-270/13, ECLI:EU:C:2014:2185 (*Haralambidis*).

handle sich um Verwaltungsmassnahmen, die Erwägungen vornehmlich wirtschaftlicher Art gehorchten. Zwar verfüge der Präsident der Hafenbehörde auch über gewisse Anordnungsbefugnisse, doch machten diese Tätigkeiten nur einen geringen Teil seiner Aktivität aus. Daher könne nicht davon ausgegangen werden, dass der generelle Ausschluss von Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten von dieser Tätigkeit unbedingt zur Wahrung der allgemeinen Belange des betreffenden Mitgliedstaates erforderlich wäre.

Damit greift der Gerichtshof letztlich – wie schon in seiner früheren Rechtsprechung<sup>41</sup> – auch bei der Anwendung des Art. 45 Abs. 4 AEUV auf dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz zuzuordnende Erwägungen zurück. Die Erwägungen des Gerichtshofs werfen im Übrigen die Frage auf, ob allgemein etwa die Vergabe von Konzessionen nicht als hoheitliche Tätigkeit anzusehen ist. Es dürfte jedoch voreilig sein, diesen Schluss aus dem Urteil zu ziehen, da in der dortigen Ausgangskonstellation tatsächlich die technische und wirtschaftliche Verwaltung des Hafens in Frage stand. Dieser zuletzt genannte Aspekt dürfte aber bei der Vergabe von Konzessionen nicht zwingend im Vordergrund stehen. Immerhin wäre jeweils zu prüfen, ob es nicht doch um eine vorwiegend wirtschaftliche Tätigkeit geht, was häufig zu bejahen sein wird.

b) *Rs. C-507/12, Saint Prix*

Ebenfalls um den Arbeitnehmerbegriff ging es in der Rs. C-507/12.<sup>42</sup> Eine Frau, die ihre Erwerbstätigkeit oder die Arbeitssuche im Spätstadium der Schwangerschaft wegen der mit dieser einhergehenden körperlichen Belastung aufgibt, behalte gleichwohl die Arbeitnehmereigenschaft, falls sie innerhalb eines angemessenen Zeitraums nach der Geburt ihre Beschäftigung wieder aufnimmt oder eine andere Stelle findet. Nach Art. 7 Abs. 3 RL 2004/38 bleibt in bestimmten Konstellationen, so bei einer vorübergehenden Arbeitsunfähigkeit aufgrund einer Krankheit, die Arbeitnehmereigenschaft erhalten. Die Vorschrift ist insoweit wohl als Konkretisierung des Art. 45 AEUV anzusehen. Zwar erwähne Art. 7 Abs. 3 RL 2004/38 die Situation einer Frau im Spätstadium einer Schwangerschaft nicht ausdrücklich und eine Schwangerschaft sei auch nicht mit einer Krankheit gleichzusetzen. Allerdings könne diese sekundärrechtliche Bestimmung diejenigen Konstellationen, in denen die Arbeitnehmereigenschaft (fort-) bestehe, nicht abschliessend umschreiben, da das Sekundärrecht nicht die Tragweite des Arbeitnehmerbegriffs des AEUV einschränken könne. Dieser Begriff sei aber weit auszulegen,<sup>43</sup> und die Arbeitnehmereigenschaft hänge nicht zwingend vom tatsächlichen Bestehen oder Fortbestehen eines Arbeitsverhältnisses ab. Wenn eine schwangere Frau vorübergehend ihre Beschäftigung aufgebe, diese dann aber nach einem angemessenen Zeitraum nach der Geburt wieder aufnehme, könne nicht davon ausgegangen werden, dass sie die Arbeitnehmereigenschaft verliere, da sie gleichwohl in den

---

<sup>41</sup> EuGH, Rs. C-47/02, ECLI:EU:C:2003:516 (Anker u.a.).

<sup>42</sup> EuGH, Rs. C-507/12, ECLI:EU:C:2014:2007 (Saint Prix). Vgl. dazu auch den Beitrag von Peter Hänni und Tamara Iseli in diesem Band, 27.

<sup>43</sup> Siehe insoweit auch EuGH, Rs. C-46/12, ECLI:EU:C:2013:97 (N.). Der Gerichtshof betonte hier, die Arbeitnehmereigenschaft sei auch dann zu bejahen, wenn daneben bzw. als Haupttätigkeit eine Ausbildung absolviert wird, weshalb Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38 keine Anwendung finden könne.

Aufnahmestaat eingegliedert bleibe und im Übrigen jeder andere Ansatz die Betroffene von der Ausübung ihrer Freizügigkeit abhalten könne.

Der Ansatz des Gerichtshofs ist durchaus überzeugend. Nicht zu verkennen ist allerdings, dass er gewisse Abgrenzungsprobleme aufwerfen dürfte, und zwar einerseits in Bezug auf die genauen, hier massgeblichen Zeiträume, andererseits hinsichtlich derjenigen Umstände, bei denen – trotz fehlender Tätigkeit als Arbeitnehmer – vom Fortbestehen der Arbeitnehmereigenschaft ausgegangen werden kann. Insbesondere fragt es sich, ob hier auch andere Umstände als eine Schwangerschaft vorstellbar sind.

c) *Rs. C-477/12, Schiebel Aircraft*

Nicht mit Art. 45 AEUV<sup>44</sup> vereinbar ist nach dem Urteil des Gerichtshofs in der Rs. C-474/12<sup>45</sup> eine nationale Regelung, die leitende Funktionen in Gesellschaften, die mit Waffen handeln, eigenen Staatsangehörigen vorbehält. Zwar komme grundsätzlich eine Rechtfertigung nach Art. 346 Abs. 1 lit. b AEUV in Betracht, wonach die Verträge einen Mitgliedstaat nicht daran hindern, in Bezug auf die Produktion oder den Handel mit Kriegsmaterial Massnahmen zu ergreifen, die seines Erachtens für die Wahrung seiner wesentlichen Sicherheitsinteressen notwendig sind. Diese Bestimmung sei jedoch als Ausnahme eng auszulegen. Im Übrigen genüge es nicht, sich auf sie zu berufen, sondern der Mitgliedstaat müsse nachweisen, dass die in Frage stehende nationale Massnahme tatsächlich geeignet und erforderlich ist, um seine wesentlichen Sicherheitsinteressen zu wahren. Diese Beurteilung sei durch das nationale Gericht vorzunehmen. Die Ausführungen des Gerichtshofs legen jedoch nahe, dass zumindest die Erforderlichkeit einer solchen direkten Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit wohl kaum vertretbar bejaht werden könnte.

## 2. *Bezug zur Rechtslage in der Schweiz*

Der Begriff des Arbeitnehmers ist ein Begriff des Unionsrechts, für dessen Auslegung die einschlägige Rechtsprechung des EuGH vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung des Freizügigkeitsabkommens gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA zu berücksichtigen ist.<sup>46</sup> Auch wenn nicht alle hier behandelten Sachverhaltskonstellationen in der „alten“ Rechtsprechung bereits entschieden waren, so kann doch auf eine relativ grosse Zahl an Urteilen zurückgegriffen werden. Aus diesen ergeben sich insbesondere einige allgemeine Grundsätze, wonach etwa der Begriff des Arbeitnehmers grundsätzlich weit und unter Berücksichtigung des *effet utile* der jeweili-

<sup>44</sup> Daneben greift der Gerichtshof angesichts der Vorlagefrage noch auf Art. 49 AEUV zurück. Nicht geprüft wird jedoch ein Verstoß gegen Art. 18 AEUV. Dies wird damit begründet, dass diese Bestimmung eigenständig nur auf unionsrechtlich geregelte Fallgestaltungen angewandt werden könne, für die der Vertrag keine besonderen Diskriminierungsverbote (wie Art. 45, 49 AEUV) vorsieht.

<sup>45</sup> EuGH, Rs. C-474/12, ECLI:EU:C:2014:2139 (Schiebel Aircraft).

<sup>46</sup> Vgl. allgemein zum Begriff der Arbeitnehmereigenschaft im FZA und zum Verlust derselben *Benedikt Pirker*, Zum Verlust der Arbeitnehmereigenschaft im Freizügigkeitsabkommen, AJP 2014, 1217 ff.

gen Norm auszulegen ist. So ist die Arbeitnehmereigenschaft gegeben, wenn jemand während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält. Voraussetzung ist, dass die Person eine tatsächliche und echte Tätigkeit ausübt, wobei Tätigkeiten ausser Betracht bleiben, die einen so geringen Umfang haben, dass sie sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellen.<sup>47</sup>

Die Ausführungen des Gerichtshofs zur Rechtssache *Haralambidis* betreffend das Merkmal der Weisungsgebundenheit und damit die Abgrenzung zur Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit entsprechen der vor der Unterzeichnung des FZA etablierten Rechtsprechung und sind daher auch auf das Abkommen übertragbar. Die Bereichsausnahme der öffentlichen Verwaltung gemäss Art. 45 Abs. 4 AEUV findet eine Parallele in Art. 10 Anhang I FZA.<sup>48</sup> Schon aus der vor der Unterzeichnung des Abkommens ergangenen Rechtsprechung ergibt sich, dass die Ausnahme in Art. 45 Abs. 4 AEUV nicht für Stellen gilt, die zwar dem Staat oder anderen öffentlich-rechtlichen Einrichtungen zuzuordnen sind, jedoch keine Mitwirkung bei der Erfüllung von Aufgaben mit sich bringen, die zur öffentlichen Verwaltung im eigentlichen Sinne gehören.<sup>49</sup> Ausserdem hat der EuGH auch früher schon geprüft, ob neben der Teilnahme an der Ausübung hoheitlicher Befugnisse ein Verhältnis besonderer Verbundenheit des Beschäftigten zum Staat erforderlich ist.<sup>50</sup> Die Prüfung der Verhältnismässigkeit im Rahmen der Bereichsausnahme kann als Ausdruck dieses Merkmals der Erforderlichkeit betrachtet werden und lässt sich somit auch aus der vor der Unterzeichnung des FZA ergangenen Rechtsprechung ableiten. Die Ausführungen des Gerichtshofs zu Art. 45 Abs. 4 AEUV lassen sich daher insoweit auf Art. 10 Anhang I FZA übertragen.

In der Rechtssache *Saint Prix* befasst sich der Gerichtshof insbesondere mit Art. 7 Abs. 3 RL 2004/38, wonach in bestimmten Konstellationen, so bei einer vorübergehenden Arbeitsunfähigkeit aufgrund einer Krankheit, die Arbeitnehmereigenschaft erhalten bleibt. Dieser Vorschrift entspricht im Freizügigkeitsabkommen Art. 6 Abs. 6 Anhang I FZA, der die Bestimmung der Richtlinie nahezu wörtlich aufgreift. Ebenso wie im Unionsrecht kann diese Norm wohl als Konkretisierung des im Vertrag vorausgesetzten Arbeitnehmerbegriffs angesehen werden, so dass die Regelung der Fälle, in denen die Arbeitnehmereigenschaft bei vorübergehender Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses nicht wegfällt, auch im FZA als nicht abschliessend anzusehen sein dürfte. Obwohl Art. 6 Abs. 6 Anhang I FZA die Situation einer Frau im Spätstadium einer Schwangerschaft nicht ausdrücklich erwähnt, dürfte also auch nach dem Abkommen die Arbeitnehmereigenschaft weiterbestehen, wenn eine schwangere Frau vorübergehend ihre Beschäftigung aufgibt, diese dann aber nach einem angemessenen Zeitraum nach der Geburt wieder aufnimmt.

Im Urteil zur Rechtssache *Schiebel Aircraft* äussert sich der EuGH zunächst zur Auslegung der Ausnahmevorschrift des Art. 346 Abs. 1 lit. b AEUV, wonach die

---

<sup>47</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-66/85, ECLI:EU:C:1986:284, Rn. 17 (Lawrie-Blum).

<sup>48</sup> Vgl. ausserdem auch die parallelen Regelungen in Art. 16 und 22 Abs. 1 Anhang I FZA bzgl. Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit.

<sup>49</sup> EuGH, Rs. C-290/94, ECLI:EU:C:1996:265, Rn. 2 (Kommission/Griechenland).

<sup>50</sup> Vgl. nur *Albrecht Randelzhofer/Ulrich Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 39 EGV (Stand: Mai 2001), Rn. 215, 222 f. („Tendenz angelegt, die zu einer wesentlichen Verkürzung des Vorbehaltsbereichs führen könnte“); *Martin Franzen*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, 2003, Art. 39 EGV, Rn. 149, jeweils m.w.N.

Verträge einen Mitgliedstaat nicht daran hindern, in Bezug auf die Produktion oder den Handel mit Kriegsmaterial Massnahmen zu ergreifen, die seines Erachtens für die Wahrung seiner wesentlichen Sicherheitsinteressen notwendig sind. Diese Vorschrift findet als solche im FZA keine Entsprechung, doch handelt es sich dabei um eine besondere Ausprägung des Rechtfertigungsgrundes der öffentlichen Sicherheit und Ordnung.<sup>51</sup> Daher können die Erläuterungen des Gerichtshofs bei der Auslegung von Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA berücksichtigt werden, soweit wesentliche Sicherheitsinteressen des Staates betroffen sind. Ebenso wie das Unionsrecht verbietet das FZA sodann diskriminierende Regelungen betreffend Arbeitnehmer (Art. 2 FZA und Art. 9 Abs. 1 Anhang I FZA) und Niedergelassene (Art. 15 Anhang I FZA). Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Niederlassungsfreiheit gemäss Art. 12 Anhang I FZA nur für natürliche, nicht aber für juristische Personen gilt. Da sich auch die Erwägungen des Gerichtshofs zur Verhältnismässigkeit der streitgegenständlichen Regelung auf die vor der Unterzeichnung des Abkommens bereits etablierten Kriterien und Grundsätze stützen, lässt sich das Urteil im Ergebnis auf das FZA übertragen. Demnach ist es auch mit dem Abkommen nicht vereinbar, wenn eine nationale Regelung die leitenden Funktionen in Gesellschaften, die mit Waffen handeln, eigenen Staatsangehörigen vorbehält.

## II. Exkurs: zur Tragweite der Stillhalteklausele im Assoziierungsabkommen EU-Türkei

### 1. Zur Rechtsprechung des EuGH: Rs. C-138/13, *Dogan*

Das Zusatzprotokoll vom 23.11.1970 zum Assoziierungsabkommen zwischen der EU und der Türkei enthält in Art. 41 Abs. 1 eine sog. Stillhalteklausele, wonach die Vertragsparteien „untereinander keine neuen Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs“ einführen. In der Rs. C-138/13<sup>52</sup> hatte sich der Gerichtshof zur Tragweite dieser Klausel zu äussern. Der Fall betraf eine neu erlassene deutsche Regelung, die als Voraussetzung für den Familiennachzug vorschreibt, dass die nachzuziehenden Personen Sprachkenntnisse in der Landessprache nachzuweisen haben. Die Stillhalteklausele verbiete allgemein die Einführung neuer Massnahmen, die bezwecken oder bewirken, dass die Ausübung der Niederlassungsfreiheit oder des freien Dienstleistungsverkehrs durch einen türkischen Staatsangehörigen in einem Mitgliedstaat strengeren Voraussetzungen als denjenigen unterworfen wird, die für ihn galten, als die Klausel in Bezug auf den betreffenden Mitgliedstaat in Kraft trat. Neue Beschränkungen der Ausübung der Niederlassungsfreiheit oder der Dienstleistungsfreiheit – seien diese nun materiell- oder verfahrensrechtlicher Natur – seien mit dieser Klausel daher nicht vereinbar, wobei die Stillhalteklausele nur im Zusammenhang mit einer wirtschaftlichen Tätigkeit zum Zuge komme. Die zur Debatte stehende deutsche Regelung falle unter dieses Verbot, da es sich auf die Entscheidung eines türkischen Staatsangehörigen, sich in einem Mitgliedstaat niederzulassen, um dort dauerhaft einer Erwerbstätigkeit nachzugehen, negativ auswirken könne, wenn die

<sup>51</sup> Vgl. *Bernhard Wegener*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 2011, Art. 346 AEUV, Rn. 4.

<sup>52</sup> EuGH, Rs. C-138/13, ECLI:EU:C:2014:2066 (*Dogan*).

Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaates die Familienzusammenführung erschweren oder unmöglich machen. Grundsätzlich könne eine solche Regelung durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden. Vorliegend sei jedoch die Erforderlichkeit in Bezug auf die geltend gemachten Gründe (Bekämpfung von Zwangsverheiratungen und Förderung der Integration) zu verneinen, da eine automatische Ablehnung des Antrags vorgesehen sei, ohne dass besondere Umstände des Einzelfalls berücksichtigt werden könnten.

Das Urteil stellt (einmal mehr) klar, dass auch die Verletzung von „Stillhalteklauseln“ gerechtfertigt werden kann. Bemerkenswert ist insbesondere, dass die Erforderlichkeit relativ apodiktisch auch in Bezug auf die Förderung der Integration abgelehnt wurde, könnte man doch auf den ersten Blick vertreten, dass eine gewisse Integration in den Aufnahmestaat ohne zumindest minimale Sprachkenntnisse kaum möglich erscheint. Gleichwohl ist auch diesem Aspekt des Urteils letztlich zuzustimmen, denn der Erwerb der Sprachkenntnisse kann natürlich auch noch nach der Einreise erfolgen, ganz abgesehen davon, dass ein „Automatismus“ in der Tat kaum dem Grundrecht auf Schutz des Familienlebens Rechnung trüge.

## 2. *Bezug zur Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens*

Da das Assoziierungsabkommen der EU mit der Türkei vom FZA nicht in Bezug genommen wird, lassen sich keine entsprechenden Rechte türkischer Staatsangehöriger aus dem FZA ableiten. Die Ausführungen zur Stillhalteklausele sind jedoch insofern für die Auslegung des FZA von Interesse, als dieses in Art. 13 FZA ebenfalls eine *Stand-still*-Regelung enthält. Darin verpflichten sich die Vertragsparteien, „in den unter dieses Abkommen fallenden Bereichen keine neuen Beschränkungen für Staatsangehörige der anderen Vertragspartei einzuführen“. Überträgt man die Rechtsprechung des EuGH auf das FZA, so ist die Einführung einer neuen Beschränkung, die die Rechte der Staatsangehörigen der anderen Vertragspartei strengerer Voraussetzungen unterwirft, als sie zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des FZA galten, nur dann mit Art. 13 FZA unvereinbar, sofern sie nicht durch einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses gerechtfertigt und geeignet ist, die Erreichung des angestrebten legitimen Ziels zu erreichen, und nicht über das zu dessen Erreichung Erforderliche hinausgeht.



## D. Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 und 56 AEUV)

### I. Anwendbarkeit der Art. 49 und 56 AEUV

#### 1. Zur Rechtsprechung des EuGH: verb. Rs. C-419/12, C-420/12, *Crono Service*, und verb. Rs. C-162/12, C-163/12, *Airport Shuttle Express*

In zwei Urteilen vom selben Tag (verb. Rs. C-419/12, C-420/12<sup>53</sup> und verb. Rs. C-162/12, C-163/12<sup>54</sup>) ging es um Regelungen auf Gemeindeebene, die die Vermietung von Kraftfahrzeugen mit Fahrer betrafen und diese diversen Beschränkungen unterwarfen. Der Gerichtshof hatte sich u.a. mit der Frage zu befassen, ob Art. 49 AEUV bzw. Art. 56 AEUV auf derartige Konstellationen anwendbar sind. Der EuGH hielt – mit Bezug zu den konkreten, von den nationalen Gerichten vorgelegten Ausgangsfällen – im Wesentlichen folgendes fest:

- Soweit eine Rechtsstreitigkeit mit keinem Element über die Grenzen eines einzigen Mitgliedstaates hinausweist (wie dies offenbar in den Ausgangskonstellationen der Fall war), seien die Grundfreiheiten grundsätzlich nicht anwendbar.
- Allerdings könne dem vorlegenden Gericht eine Antwort auf Fragen zu den Grundfreiheiten selbst bei einem rein innerstaatlichen Sachverhalt von Nutzen sein. Dies sei insbesondere der Fall, wenn sein nationales Recht vorschreibt, dass einem inländischen Staatsangehörigen die gleichen Rechte zustehen wie diejenigen, die einem Unionsbürger in der gleichen Lage auf der Grundlage des Unionsrechts zukämen.<sup>55</sup>
- In einem der Ausgangsverfahren (*Crono Service*) gehe es nicht um Aspekte der Niederlassungs-, sondern um solche der Dienstleistungsfreiheit. Denn die Kläger verlangten nur punktuell Zugang zu einem anderen Gemeindegebiet als dem, in dem sie ansässig sind, um dort ihre Dienste anzubieten. Die Verwirklichung der Dienstleistungsfreiheit im Verkehr erfolge aber auf der Grundlage des Titels VI AEUV (vgl. Art. 58 AEUV). Damit bestehe im Ergebnis kein Zusammenhang zwischen dem Ausgangsverfahren und den Vorlagefragen, so dass der Gerichtshof nicht zuständig sei.
- In dem anderen Verfahren (*Airport Shuttle Express*) sei in Bezug auf die Niederlassungsfreiheit nicht ersichtlich, wie sich die in Frage stehenden Regelungen auf Wirtschaftsteilnehmer aus anderen Mitgliedstaaten auswirken könnten, so dass die Auslegung des Art. 49 AEUV für die Ausgangsrechtsstreitigkeiten nicht von Bedeutung sei.

Die zuletzt erwähnte Feststellung impliziert, dass immer dann, wenn jemand bereits in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassen ist und sich daran anschließend an einer (neuen) Regelung des Aufnahmemitgliedstaates betreffend die Art

<sup>53</sup> EuGH, verb. Rs. C-419/12, C-420/12, ECLI:EU:C:2014:81 (*Crono Service*).

<sup>54</sup> EuGH, verb. Rs. C-162/12, C-163/12, ECLI:EU:C:2014:74 (*Airport Shuttle Express* u.a.).

<sup>55</sup> So bereits EuGH, Rs. C-254/98, ECLI:EU:C:2000:12, Rn. 11-14 (*TK-Heimdienst*). Vgl. ausführlich zur Prüfung der Grundfreiheiten bei rein internen Sachverhalten *Eleanor Spaventa*, Case C-254/98, Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb v. TK-Heimdienst Sass GmbH, Judgment of 13 January 2000, not yet published, CMLR 2000, 1265 ff.

und Weise der Ausübung der entsprechenden wirtschaftlichen Tätigkeit stört, dieser sich nicht auf die Niederlassungsfreiheit berufen kann, da er ja bereits niedergelassen ist.<sup>56</sup> Ganz überzeugend erscheint dies zumindest in dieser Allgemeinheit nicht. Denn es ist durchaus denkbar, dass Regelungen des Aufnahmemitgliedstaates die weitere Wahrnehmung der Niederlassungsfreiheit unattraktiv erscheinen lassen, so dass der Unionsbürger wieder in seinen Heimatstaat zurückkehrt. Warum er sich allgemein nicht gegen solche Regelungen wehren können soll, ist nicht ersichtlich, zumal er sich in Bezug auf derartige Massnahmen bei einer ersten Niederlassung ganz offensichtlich auf die Niederlassungsfreiheit berufen könnte.

## 2. *Bezug zur Rechtslage in der Schweiz*

Ebenso wie im EU-Recht setzt die Anwendbarkeit der im FZA gewährten Freizügigkeitsrechte das Vorliegen eines grenzüberschreitenden Sachverhalts voraus. Dies ergibt sich bereits daraus, dass die einschlägige Rechtsprechung des EuGH bereits vor der Unterzeichnung des FZA etabliert war<sup>57</sup> und somit gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA bei dessen Auslegung zu berücksichtigen ist. Eine Vorlage an den EuGH gemäss Art. 267 AEUV betreffend die Auslegung des FZA ist jedoch auch dann zulässig, wenn das nationale Recht vorschreibt, dass einem Inländer die gleichen Rechte zustehen wie diejenigen, die einem Staatsangehörigen einer anderen Vertragspartei in der gleichen Lage auf der Grundlage des Abkommens zukämen.<sup>58</sup> Dies wäre z.B. der Fall bei einer Regelung in einem Grenzgebiet, die neben den regional ansässigen Marktteilnehmern potentiell auch solche aus der benachbarten Schweiz betreffen könnte.

## II. Arbeitnehmerentsendung

### 1. *Zur Rechtsprechung des EuGH*

#### a) *Rs. C-91/13, Essent Energie Productie, und Rs. C-315/13, De Clercq*

In der Rs. C-91/13<sup>59</sup> stellte der Gerichtshof – in Anknüpfung an seine diesbezügliche bisherige Rechtsprechung – fest, das Erfordernis einer Arbeitsbewilligung für entsandte (drittstaatsangehörige) Arbeitnehmer stelle eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit dar. Denn die Einhaltung gewisser Fristen für den Erhalt dieser Beschäftigungserlaubnis sowie der Verwaltungsaufwand, den die Einholung einer solchen Erlaubnis mit sich bringe, behinderten die Überlassung drittstaatsangehöriger Arbeitnehmer an ein in einem anderen Mitgliedstaat ansässiges Unternehmen. Dadurch werde die Ausübung der Dienstleistungsfreiheit durch das entsendende Unternehmen beschränkt. Eine Rechtfertigung aus Gründen des Schutzes des nationalen Arbeitsmarkts könne nicht geltend gemacht werden. Zwar handle es

---

<sup>56</sup> So denn auch ausdrücklich EuGH, Rs. C-393/08, ECLI:EU:C:2010:388, Rn. 28 (Sbarigia).

<sup>57</sup> Vgl. nur EuGH, Rs. 407/85, ECLI:EU:C:1988:401, Rn. 25 (3 Glocken u.a.); EuGH, Rs. C-275/92, ECLI:EU:C:1994:119, Rn. 29 (Schindler).

<sup>58</sup> Zur Problematik der Inländerdiskriminierung in der Schweiz vgl. z.B. *Peter Uebersax*, Von Kreisen und Menschen – zum Migrationsrecht, ZBJV 2013, 557, 591 ff.; *Marc Spescha/Antonia Kerland/Peter Bolzli*, Handbuch zum Migrationsrecht, 2015, 227 ff. m.w.N.

<sup>59</sup> EuGH, Rs. C-91/13, ECLI:EU:C:2014:2206 (Essent Energie Productie).

sich hier um einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses. Doch die Arbeitnehmer, die von einem in einem Mitgliedstaat ansässigen Unternehmen beschäftigt und zur Erbringung einer Dienstleistung in einen anderen Mitgliedstaat entsandt werden, verlangten keinen Zugang zum Arbeitsmarkt dieses zweiten Staates, da sie nach Erfüllung ihrer Aufgabe in ihr Herkunfts- oder Wohnsitzland zurückkehrten. Allerdings dürfe ein Mitgliedstaat kontrollieren, ob ein in einem anderen Mitgliedstaat ansässiges Unternehmen, das Arbeitnehmer aus einem Drittstaat entsendet, den freien Dienstleistungsverkehr nicht zu einem anderen Zweck als dem der Erbringung der betreffenden Leistung nutzt. Das Erfordernis einer Aufenthaltserlaubnis sei aber zur Verfolgung dieses Anliegens nicht erforderlich, da mildere Massnahmen denkbar seien. Der Gerichtshof verweist in diesem Zusammenhang auf die Möglichkeit, den betroffenen Unternehmen Informationspflichten oder Meldepflichten aufzuerlegen, die ggf. auch im Voraus greifen könnten.

Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass der Gerichtshof das eigentlich einen wirtschaftlichen Grund darstellende Anliegen des Schutzes des nationalen Arbeitsmarktes im vorliegenden Zusammenhang als zwingenden Grund des Allgemeininteresses anerkennt. Dies dürfte wohl damit zusammenhängen, dass es sich um Drittstaatsangehörige handelt, deren Zulassung zum Arbeitsmarkt in der Union gerade nicht harmonisiert ist. Gleichwohl überrascht der Hinweis auf diesen Grund im vorliegenden Zusammenhang. Denn der Fall betrifft die Arbeitnehmerentsendung, die ihrerseits durch die im Unionsrecht geregelte Dienstleistungsfreiheit geschützt ist.

Im Übrigen scheint der Gerichtshof „Voranmeldepflichten“ als grundsätzlich mit Art. 56 AEUV in Einklang stehend anzusehen, da er sie ausdrücklich als Beispiel für mildere Massnahmen anführt. Dies steht in einem gewissen Spannungsverhältnis zu früheren Urteilen des Gerichtshofs, in denen er derartige Meldepflichten, denen eine gewisse Zeit vor der Erbringung der Dienstleistung nachzukommen war, für unzulässig erklärt hatte.<sup>60</sup> Möglicherweise erklärt sich diese unterschiedliche Sichtweise mit den verfolgten Allgemeininteressen: Während es vorliegend um die Entsendung von Drittstaatsangehörigen geht, die die Entsendung möglicherweise zu anderen Zwecken nutzen könnten, stand in der erwähnten früheren Rechtsprechung das Anliegen der Beachtung der innerstaatlichen Vorschriften durch die Dienstleistungserbringer allgemein zur Debatte. Nichtsdestotrotz überrascht diese Divergenz, da sich insbesondere die Frage aufdrängt, ob nicht mildere Mittel möglich wären (z.B. Kontrollen vor Ort, wenn die Personen einmal da sind). In der Sache handelt es sich aber nach der hier vertretenen Ansicht bei reinen Meldepflichten, zumindest solchen ohne eigentliche „Wartefristen“, durchaus um adäquate Massnahmen, um die Überprüfung der Einhaltung gesetzlicher Vorschriften gleich welcher Art zu gewährleisten. Das Urteil ist insofern zu begrüßen.

In der Rs. C-315/13<sup>61</sup>, die ebenfalls einen Fall der grenzüberschreitenden Arbeitnehmerentsendung betraf, dürfte der Gerichtshof diesen Ansatz bestätigen. Eine nationale Regelung sah eine (bei Nichtbefolgung mit Busse belegte) Meldepflicht des Dienstleistungsempfängers vor. Dieser hatte den zuständigen Behörden

<sup>60</sup> EuGH, Rs. C-577/10, ECLI:EU:C:2012:814 (Kommission/Belgien); zu diesem Urteil *Epiney/Mosters*, SJER 2013/2014 (Fn. 2), 57, 95 ff.

<sup>61</sup> EuGH, Rs. C-315/13, ECLI:EU:C:2014:2408 (De Clercq u.a.).

vor dem Beginn der Tätigkeit der entsandten Arbeitnehmer deren Identifizierungsdaten zu übermitteln, wenn der Arbeitgeber seiner ebenfalls im nationalen Recht des Empfangsstaates vorgesehenen Meldepflicht nicht nachgekommen war. Diese Regelung stehe in Einklang mit Art. 56 AEUV, sofern sie nachweislich geeignet und erforderlich sei zur Verfolgung eines zwingenden Grundes des Allgemeininteresses, etwa des Arbeitnehmerschutzes oder der Bekämpfung von „Sozialbetrug“.<sup>62</sup> Damit dürfte auch die Meldepflicht des Arbeitgebers grundsätzlich zulässig sein, wobei jeweils die Verhältnismässigkeit zur Verfolgung des angestrebten Ziels nachzuweisen ist.

Einer grundsätzlich für alle Konstellationen der Arbeitnehmerentsendung – zumindest in einem bestimmten Sektor – bestehenden Meldepflicht kann auf der Grundlage dieser Rechtsprechung somit wohl nicht mehr entgegengehalten werden, sie sei schon deshalb mit Art. 56 AEUV unvereinbar, weil sie alle betroffenen Arbeitgeber unter einen „Generalverdacht“ stelle, bestimmte nationale Vorschriften nicht einzuhalten. Dadurch dürften wohl die diesbezüglichen Aussagen in der Rs. C-577/10 relativiert werden.<sup>63</sup> Gleichzeitig wird man aber wohl verlangen müssen, dass eine reale Gefahr für die verfolgten zwingenden Gründe des Allgemeinwohls nachvollziehbar dargetan wurde.

Erwähnenswert an dem Urteil in der Rs. C-315/13 (*De Clercq*) ist weiter, dass der Gerichtshof bei der Frage nach dem Vorliegen einer Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs festhält, der Umstand, dass die Folgen der fraglichen Regelung für den Dienstleistungsempfänger zu vernachlässigen seien, ändere nichts an der Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit. Denn sie führe jedenfalls dazu, dass Dienstleistungen von in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Dienstleistungserbringern weniger attraktiv erscheinen. Dadurch könnten die Dienstleistungsempfänger davon abgehalten werden, auf in anderen Mitgliedstaaten ansässige Dienstleistungserbringer zurückzugreifen. Auch jede geringfügige oder wenig bedeutende Beschränkung der Grundfreiheiten sei nämlich untersagt. Daraus kann wohl gefolgert werden, dass ein irgendwie geartetes „Spürbarkeitserfordernis“ in diesem Zusammenhang keine Rolle spielt.

*b) Rs. C-549/13, Bundesdruckerei/Stadt Dortmund*

In der Rs. C-549/13<sup>64</sup> ging es um eine Regelung, derzufolge öffentliche Dienstleistungsaufträge nur an Unternehmen vergeben werden dürfen, die sich verpflichten, ihren Arbeitnehmern den in dem jeweiligen Mitgliedstaat geltenden Mindestlohn zu zahlen. Der EuGH hielt fest, dass jedenfalls dann ein Verstoss gegen Art. 56 AEUV vorliege, wenn die betroffenen Unternehmen ihren Sitz in einem anderen Mitgliedstaat haben und auch die Arbeitnehmenden zur Ausführung des Auftrags ausschliesslich dort tätig sind (weshalb die sog. Entsenderichtlinie, RL 96/71<sup>65</sup>,

---

<sup>62</sup> Die Entsenderichtlinie (RL 2006/123/EG) finde auf eine solche Fallgestaltung keine Anwendung, da eine derartige Regelung nicht die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen im Sinne des Art. 3 RL 2006/123 betreffe. Art. 16 ff. RL 2006/123 seien in zeitlicher Hinsicht nicht anwendbar.

<sup>63</sup> EuGH, Rs. C-577/10, ECLI:EU:C:2012:814 (Kommission/Belgien).

<sup>64</sup> EuGH, Rs. C-549/13, ECLI:EU:C:2014:2235 (Bundesdruckerei/Stadt Dortmund).

<sup>65</sup> Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.12.1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. 1997 L 18, 1.

keine Anwendung fand). Zur Rechtfertigung dieser die Erbringung von Dienstleistungen beschränkenden Massnahme war der Arbeitnehmerschutz geltend gemacht worden. Sie solle einen angemessenen Lohn für die Beschäftigten sicherstellen und dazu beitragen, ein sog. „Sozialdumping“ durch die Benachteiligung konkurrierender Unternehmen, die ihren Arbeitnehmenden ein angemessenes Entgelt zahlen, zu verhindern. Eine Rechtfertigung scheide gleichwohl aus, da in einer solchen Konstellation kein Bezug zu den Lebenshaltungskosten in dem betreffenden Mitgliedstaat bestehe. Somit sei die Verhältnismässigkeit der Massnahme zu verneinen, zumal die Massnahme nur für öffentliche Aufträge und nicht allgemein zur Anwendung komme.

Das Urteil erscheint überzeugend und in der Logik des Binnenmarktes. Jeder andere Ansatz führte nämlich zu einem Ausschluss von Wettbewerbern aus anderen Mitgliedstaaten, die ihre Standortvorteile nicht ausnutzen könnten, um möglicherweise andere Nachteile ausgleichen zu können, ohne dass eine derartige Massnahme für den Arbeitnehmerschutz im Inland notwendig wäre. Für den Schutz von Arbeitnehmern im Ausland fehlt es den Mitgliedstaaten demgegenüber an der Regelungskompetenz.<sup>66</sup>

## 2. *Bezug zur Rechtslage in der Schweiz*

Folgt man der Rechtsprechung von Bundesgericht und EuGH, enthält das Freizügigkeitsabkommen kein allgemeines Verbot von Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit.<sup>67</sup> Eine Reihe von Vorschriften führt jedoch dazu, dass das Abkommen die Arbeitnehmerentsendung letztlich weitgehend parallel zu den unionsrechtlichen Gewährleistungen schützt, so dass die einschlägige Rechtsprechung des EuGH auch im Rahmen des FZA relevant sein kann.<sup>68</sup> So haben die Dienstleistungserbringer ein Recht auf Einreise und Aufenthalt, wenn die Dienstleistung die

<sup>66</sup> Siehe im Zusammenhang mit öffentlichen Aufträgen ansonsten noch EuGH, Rs. C-358/12, ECLI:EU:C:2014:2063 (Consortio Stabile Libor Lavori Pubblici): Vereinbarkeit mit Art. 49, 56 AEUV, einen Bieter von der Vergabe auszuschliessen, der sich einen Verstoß bei der Entrichtung von Sozialbeiträgen hat zuschulden kommen lassen, wenn die Differenz zwischen den geschuldeten und den entrichteten Beträgen mehr als 100 Euro und gleichzeitig mehr als 5% der geschuldeten Beträge ausmacht. Der Gerichtshof hebt insbesondere hervor, es gehe hier um objektive, nicht diskriminierende und im Voraus bekannte Kriterien, die es erlaubten, Zuverlässigkeit, Sorgfalt und Seriosität des Bieters zu gewährleisten. Ebenfalls mit Art. 56 AEUV vereinbar sei es, einen Bieter wegen eines durch ein rechtskräftiges Gerichtsurteil festgestellten Verstoßes gegen das Wettbewerbsrecht, für den er mit einer Geldbusse belegt wurde, von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren auszuschliessen, vgl. EuGH, Rs. C-470/13, ECLI:EU:C:2014:2469 (Generali-Providencia). Siehe ansonsten zur Niederlassungsfreiheit EuGH, Rs. C-576/13, ECLI:EU:C:2014:2430 (Kommission/Spanien): Unvereinbarkeit gewisser Restriktionen für die Tätigkeit gewisser Unternehmen mit Art. 49 AEUV, wobei der Gerichtshof den Charakter auch des Art. 49 AEUV als Beschränkungsverbot hervorhebt.

<sup>67</sup> Siehe oben B.I.2.

<sup>68</sup> Vgl. hierzu bereits *Epiney/Mosters*, SJER 2007/2008 (Fn. 2), 55, 78 f., 82 f.; *Epiney/Mosters*, SJER 2008/2009 (Fn. 2), 53, 75; *Astrid Epiney*, Zur Tragweite des Freizügigkeitsabkommens im Bereich der Arbeitnehmerentsendung, in: *Epiney/Metz/Mosters* (Hrsg.), Das Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz-EU, 2011, 81, 95 ff.

Dauer von 90 Arbeitstagen pro Kalenderjahr nicht übersteigt oder falls eine behördliche Erlaubnis zur Dienstleistungserbringung erteilt wurde.<sup>69</sup> Dieses Recht darf gemäss Art. 17 lit. a Anhang I FZA nicht beschränkt werden und gilt auch zu Gunsten von Gesellschaften.<sup>70</sup> Dabei darf sich der Arbeitgeber bei der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung auch eigener Beschäftigter mit der Staatsangehörigkeit einer Vertragspartei oder eines Drittstaates bedienen. Massnahmen, die die Einreise oder den Aufenthalt dieser entsandten Arbeitnehmer beschränken, sind verboten gemäss Art. 17 lit. b Anhang I FZA. Darüber hinaus verbietet Art. 19 Anhang I FZA Diskriminierungen von Dienstleistungserbringern, wonach diese ihre Tätigkeit unter den gleichen Bedingungen ausüben dürfen wie eigene Staatsangehörige des Empfangsstaates. Zusätzlich ist bei der Anwendung der Bestimmungen über die Dienstleistungsfreiheit („bei der Anwendung dieses Abkommens gemäss den Anhängen I, II und III“) das subsidiär anwendbare allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 2 FZA zu beachten, welches direkt anwendbar ist. Gemäss Art. 22 Abs. 2 Anhang I FZA ist im Übrigen auch die Entsenderichtlinie 96/71 im Verhältnis zwischen den Vertragsparteien des Abkommens anwendbar.

Das Erfordernis einer Arbeitsbewilligung für entsandte Arbeitnehmer, die Regelung von Melde- und Dokumentationspflichten sowie Vorschriften über einen Mindestlohn für entsandte Arbeitnehmer bewirken eine Beschränkung grenzüberschreitender Dienstleistungen im Sinne von Art. 17 lit. a Anhang I FZA. Sofern eine solche Pflicht nur den grenzüberschreitend tätigen Dienstleistungserbringern auferlegt wird oder von ihnen nur schwerer als von inländischen Marktteilnehmern zu erfüllen ist, liegt zudem eine Diskriminierung im Sinne von Art. 19 Anhang I FZA vor. Bei der Prüfung der Rechtfertigung wendet der EuGH in den hier vorgestellten Urteilen jeweils Kriterien und Grundsätze an, die sich aus den vor Unterzeichnung des Abkommens ergangenen Entscheidungen des Gerichtshofs ableiten lassen. Somit dürften parallel gelagerte Sachverhalte auch unter dem FZA im Ergebnis gleich zu beurteilen sein. Ob die aktuell in der Schweiz geltenden Regelungen zur Arbeitnehmerentsendung mit dem FZA vereinbar sind, ist vor diesem Hintergrund fraglich. So sehen Art. 9 Abs. 1 VEP<sup>71</sup>, Art. 6 EntsG<sup>72</sup> und Art. 6 EntsV<sup>73</sup> eine Meldepflicht und ein entsprechendes Meldeverfahren für Dienstleistungserbringer und entsandte Arbeitnehmer aus dem EU-Ausland vor. Fraglich ist dabei insbesondere, inwieweit die Verpflichtung für entsandte Arbeitnehmer sowie selbstständige Dienstleistungserbringer, ihre Dienstleistung spätestens acht Tage

---

<sup>69</sup> Art. 5 Abs. 1 und 2 FZA, Art. 17 Anhang I FZA.

<sup>70</sup> Art. 18 Anhang I FZA.

<sup>71</sup> Verordnung über die schrittweise Einführung des freien Personenverkehrs zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union und deren Mitgliedstaaten sowie unter den Mitgliedstaaten der Europäischen Freihandelsassoziation (Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs [VEP; SR 142.203]).

<sup>72</sup> Bundesgesetz vom 08.10.1999 über die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen für in die Schweiz entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und flankierende Massnahmen (Entsendegesetz; SR 823.20).

<sup>73</sup> Verordnung vom 21.05.2003 über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (Entsendeverordnung; SR 823.201).

vor Beginn der Arbeiten im *Online*-Meldeverfahren zu melden, mit den Vorgaben des Freizügigkeitsabkommens vereinbar ist.<sup>74</sup>

### III. Anerkennung von Diplomen

#### 1. Zur Rechtsprechung des EuGH

##### a) *Rs. C-365/13, Ordre des architectes*

Die RL 2005/36 über die gegenseitige Anerkennung von Berufsqualifikationen<sup>75</sup> sieht vor, dass für den Zugang zu sog. reglementierten Berufen unter bestimmten Voraussetzungen die in anderen Mitgliedstaaten erworbenen Berufsqualifikationen anzuerkennen sind, so dass der Betroffene Zugang zu den in den Anwendungsbe- reich der Richtlinie fallenden Berufen erhält. Erfasst ist auch der Beruf des Archi- tekten, der unter die sog. automatische Anerkennung (die für im Anhang aufge- führte Ausbildungsnachweise zum Zuge kommt) fällt (Art. 21 Abs. 1 und 5 RL 2005/36).

Mit diesem System der automatischen Anerkennung sei es nicht vereinbar, wie der Gerichtshof in der Rs. C-365/13<sup>76</sup> festhielt, wenn über die in der Richtlinie selbst geregelten Anforderungen hinaus zusätzliche Anforderungen für den Zugang zu dem betreffenden Beruf formuliert werden. Die in der Richtlinie aufgeführten Ausbildungsnachweise seien eben „automatisch“ anzuerkennen und den Mitglied- staaten stehe hier kein Ermessensspielraum zu, weshalb sie z.B. kein zusätzliches Praktikum oder vergleichbare Erfahrungen verlangen dürfen.

##### b) *Verb. Rs. C-58/13 und C-59/13, Torresi*

Fragen der Auslegung der Richtlinie 98/5 (Rechtsanwaltsrichtlinie)<sup>77</sup> sowie der Voraussetzungen des Vorliegens eines Rechtsmissbrauchs waren Gegenstand der von der Grossen Kammer entschiedenen verb. Rs. C-58/13 und C-59/13.<sup>78</sup> Die Her- ren Torresi, beide italienische Staatsangehörige, erwarben in Italien einen rechts- wissenschaftlichen Universitätsabschluss. Anschliessend beantragten sie in Spa- nien erfolgreich die Anerkennung der Gleichwertigkeit ihres Abschlusses mit dem spanischen Abschluss in Rechtswissenschaften (*Licenciado en Derecho*). Dies er- möglichte ihnen die Eintragung als „*abogado ejerciente*“ durch die Rechtsanwalts- kammer von Santa Cruz de Tenerife. Einige Monate später beantragten sie in Ita-

<sup>74</sup> Vgl. hierzu Astrid Epiney/Patrizia Zbinden, Arbeitnehmerentsendung und Freizügigkeitsab- kommen Schweiz - EG. Zur Tragweite und Auslegung der Dienstleistungsfreiheit im Freizü- gigkeitsabkommen Schweiz-EG, 2009; Astrid Epiney, Zur Tragweite des Freizügigkeitsab- kommens im Bereich der Arbeitnehmerentsendung, in: Epiney/Metz/Mosters (Hrsg.), Das Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz-EU, 2011, 81 ff.

<sup>75</sup> Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 07.09.2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen, ABl. 2005 L 255, 22.

<sup>76</sup> EuGH, Rs. C-365/13, ECLI:EU:C:2014:280 (Ordre des architectes).

<sup>77</sup> Richtlinie 98/5/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.02.1998 zur Erleich- terung der ständigen Ausübung des Rechtsanwalts-Berufs in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem die Qualifikation erworben wurde, ABl. 1998 L 77, 3.

<sup>78</sup> EuGH, verb. Rs. C-58/13 und C-59/13, ECLI:EU:C:2014:2088 (Torresi).

lien beim Ausschuss der Rechtsanwaltskammer Macerata, sie in die Sonderabteilung des Kammerverzeichnisses für Rechtsanwälte, die ihre Qualifikation im Ausland erworben haben, einzutragen. Ihre Anträge stützten sich dabei auf das italienische Gesetz zur Umsetzung der Rechtsanwaltsrichtlinie 98/5, wonach Rechtsanwälte ihren Beruf unter der Bezeichnung ihres Herkunftsstaates in anderen Mitgliedstaaten ausüben dürfen.

Der Gerichtshof stellt zunächst fest, dass die Richtlinie 98/5 zur Erleichterung der ständigen Ausübung des Rechtsanwalts-Berufs in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem die Qualifikation erworben wurde, einen Mechanismus der gegenseitigen Anerkennung geschaffen habe. Die Unterschiedlichkeit der nationalen Vorschriften über die Voraussetzungen der Eintragung bei den zuständigen Stellen sei dabei unbeachtlich. Daher sehe der massgebliche Art. 3 RL 98/5 eine vollständige Harmonisierung der Voraussetzungen für die Ausübung des mit der Richtlinie 98/5 verliehenen Niederlassungsrechts vor. Dementsprechend sei eine Eintragung eines Rechtsanwalts in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem er seine Berufsqualifikation erworben hat, anhand einer Bescheinigung über seine Eintragung bei der zuständigen Stelle des Herkunftsstaates vorzunehmen, ohne dass weitere Nachweise verlangt werden dürften. Ein Rechtsmissbrauch in einer Fallgestaltung, in der sich jemand in einem anderen Mitgliedstaat (in dem die Voraussetzungen für die Eintragung tiefer waren) in das Rechtsanwaltsregister eintragen lasse, um anschliessend die Anerkennung dieser Eintragung in einem anderen Mitgliedstaat erwirken zu können, könne schon deshalb nicht vorliegen, weil diese Konstellation gerade einen der Fälle darstelle, in denen das Ziel der RL 98/5 erreicht werde. Auch reiche allein der Umstand, dass ein Angehöriger eines Mitgliedstaates seine Berufsqualifikation in einem anderen Mitgliedstaat als in seinem Wohnmitgliedstaat erwirbt, um dort in den Genuss vorteilhafterer Rechtsvorschriften zu kommen, nicht aus, um auf einen Rechtsmissbrauch zu schliessen. Im Übrigen verstosse Art. 3 RL 98/5 auch nicht gegen Art. 4 Abs. 2 EUV, der die Achtung der nationalen Identität der Mitgliedstaaten schützt. Denn diese Vorschrift sei nicht geeignet, die grundlegenden politischen und verfassungsmässigen Strukturen oder die grundlegenden Funktionen des Aufnahmemitgliedstaates im Sinne dieser Vorschrift zu berühren, da es lediglich um die Frage der Eintragung in das Register mit der ursprünglichen Berufsbezeichnung im Herkunftsstaat gehe.

Nicht geklärt ist damit die Frage, ob die Notwendigkeit des Absolvierens einer Staatsprüfung (die in Italien als Voraussetzung für die Zulassung als Rechtsanwalt notwendig ist) als solche Teil der nationalen Identität des Mitgliedstaates anzusehen sein könnte, wofür angesichts der Formulierungen des Gerichtshofs einiges spricht. Darüber hinaus verdeutlicht das Urteil einmal mehr die sehr engen Voraussetzungen des Vorliegens eines Rechtsmissbrauchs. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs verlangt die Feststellung einer missbräuchlichen Berufung auf das Unionsrecht das Vorliegen eines objektiven und eines subjektiven Elements. Hinsichtlich des objektiven Elements muss sich aus einer Gesamtwürdigung der objektiven Umstände ergeben, dass trotz formaler Einhaltung der in der Unionsregelung vorgesehenen Bedingungen das Ziel dieser Regelung nicht erreicht wurde. Dies wird bei Regelungen im Zusammenhang mit der Wahrnehmung der Grundfreiheiten im Falle des Vorliegens der tatbestandlichen Voraussetzungen regelmässig nicht erfüllt sein, da es offenbar auf die mit der Berufung auf das eingeräumte



Recht verfolgte Absicht nicht ankommen kann. In Bezug auf das subjektive Element muss die Absicht ersichtlich sein, sich einen ungerechtfertigten Vorteil aus der Unionsregelung dadurch zu verschaffen, dass die entsprechenden Voraussetzungen willkürlich geschaffen werden. Auch diese Voraussetzung ist nach Ansicht des Gerichtshofs in einer Konstellation wie der vorliegenden wohl nicht gegeben. Denn der Erwerb einer Berufsqualifikation in einem Mitgliedstaat kann bei Vorliegen der Voraussetzungen angesichts des Binnenmarktziels wohl kaum als willkürlich bezeichnet werden.

## 2. *Bezug zur Rechtslage in der Schweiz*

Das FZA verweist in seinem Anhang III sowohl auf die Richtlinie 2005/36 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen als auch auf die Richtlinie 98/5 zur Erleichterung der ständigen Ausübung des Rechtsanwalts-Berufs in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem die Qualifikation erworben wurde. Die Ausführungen des Gerichtshofs zu ihrer Auslegung lassen sich daher grundsätzlich auf das FZA übertragen. Auch dürfte bei Verweisen auf Sekundärrechtsakte der EU im FZA die einschlägige Rechtsprechung des EuGH grundsätzlich in noch stärkerem Masse für die Auslegung des FZA relevant sein als bei Abkommensvorschriften, die den Text einer Unionsrechtsnorm mehr oder weniger wörtlich wiedergeben. Denn es gibt keine textlichen Abweichungen vom EU-Recht und die Sekundärrechtsakte bilden häufig ein System aufeinander bezogener Normen, in das die Schweiz durch das FZA einbezogen wird. Dies ist insbesondere bei den Verweisen in den Anhängen II und III FZA der Fall. Im Kontext des Freizügigkeitsabkommens sind darüber hinaus insbesondere die vom Gerichtshof aufgestellten sehr engen Voraussetzungen für das Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs von Interesse. Diese stehen in einem auffälligen Kontrast zur Rechtsprechung des Bundesgerichts zum schweizerischen Ausländerrecht. Da es sich bei der EuGH-Rechtsprechung wiederum um die Anwendung bereits etablierter Grundsätze auf jeweils neue Sachverhalte handelt, sind die hier angewandten Kriterien gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA auch im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens massgebend, selbst wenn es im Einzelfall um eine so noch nicht entschiedene Sachverhaltskonstellation geht. Demnach liegt eine missbräuchliche Berufung auf das FZA ebenso wie im Unionsrecht nur dann vor, wenn sowohl das objektive als auch das subjektive Element im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofs gegeben sind.

## IV. Glücksspielrecht

### 1. *Zur Rechtsprechung des EuGH*

#### a) *Rs. C-156/13, Digibet Ltd*

In Deutschland fällt die Veranstaltung und Vermittlung von Glücksspielen im Internet in die Gesetzgebungskompetenz der Länder. Diese haben in einem Vertrag zwischen allen Gliedstaaten ein grundsätzliches Verbot für solche Tätigkeiten vorgesehen, von dem aber Ausnahmen gemacht werden können. In dem Ausgangsfall ging es um eine Regelung, mit der das Bundesland Schleswig-Holstein eine solche

Ausnahme während einer begrenzten Zeit für einen bestimmten Sektor (Sportwetten) eingeführt hat.<sup>79</sup> Nach Ansicht des EuGH führt allein der Umstand, dass ein einziger Gliedstaat eines Bundesstaates eine solche Ausnahme anwendet, nicht dazu, dass die gemeinsame Regelung gegen Art. 56 AEUV verstosse, sofern letztere im Übrigen den Anforderungen des Unionsrechts entspreche.<sup>80</sup> Die vom Land Schleswig-Holstein vorübergehend verfolgte liberalere Glücksspielpolitik stelle die Kohärenz der strikteren Politik der übrigen deutschen Länder nicht in Frage. Denn in Deutschland sei es Sache der Bundesländer, den Glücksspielsektor zu regeln. Diese Verteilung der Zuständigkeiten stehe jedoch unter dem Schutz des Art. 4 Abs. 2 EUV, wonach die Union die Identität der Mitgliedstaaten zu achten habe. Daher seien unterschiedliche horizontale Regelungen anders zu beurteilen als unterschiedliche vertikale Regelungen, ganz abgesehen davon, dass die in Frage stehende Ausnahme zeitlich und räumlich beschränkt ausgestaltet sei.

Das Urteil ist eines der wenigen Beispiele, in denen der EuGH ausdrücklich auf die Pflicht der Union, die nationale Identität zu achten, zurückgreift. Nicht weiter überraschend ist die Feststellung des Gerichtshofs, dass die föderale Struktur eines Mitgliedstaates – und damit auch die Achtung der Kompetenzen der Gliedstaaten – von dieser nationalen Identität erfasst seien. Des Weiteren kann aus dem Urteil wohl auch abgeleitet werden, dass bei der Auslegung unionsrechtlicher Vorgaben für die Mitgliedstaaten die Implikationen für die nationale Identität zu berücksichtigen sind. Dies entfaltet – wie das angezeigte Urteil illustriert – auch Auswirkungen auf die Beurteilung der Verhältnismässigkeit einer Massnahme. Im Übrigen legt das Urteil den Schluss nahe, dass der Glücksspielsektor in einem föderalen Mitgliedstaat durch die Gliedstaaten durchaus unterschiedlich geregelt sein darf, was angesichts der diesen zukommenden Kompetenzen zwingend erscheint. Insoweit ist die Rechtslage also nicht anders gelagert als bei Unterschieden zwischen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen. Allerdings sind in jedem Fall die (Mindest-)Anforderungen des Unionsrechts zu beachten.

*b) Rs. C-390/12, Pflieger u.a.*

In der Rs. C-390/12<sup>81</sup> ging es ebenfalls um den Glücksspielsektor. Zur Debatte stand die Vereinbarkeit verwaltungsbehördlicher Sanktionen, die aufgrund des Betriebes von Glücksspielautomaten ohne eine entsprechende Erlaubnis verhängt werden, mit dem Unionsrecht. Der Gerichtshof knüpft hier in verschiedener Hinsicht an seine bisherige Rechtsprechung an:

---

<sup>79</sup> EuGH, Rs. C-156/13, ECLI:EU:C:2014:1756 (Digibet und Albers).

<sup>80</sup> In diesem Zusammenhang betont der EuGH (unter Bezugnahme auf seine Rechtsprechung, die er im Einzelnen referiert, vgl. zuletzt etwa EuGH, verb. Rs. C-186/11 und C-209/11, ECLI:EU:C:2013:33 (Stanleybet International u.a.), hierzu, m.w.N., *Epiney/Mosters*, SJER 2013/2014 (Fn. 2), 57, 84 ff., dass Glücksspieltätigkeiten durchaus eingeschränkt werden könnten. Dabei wird den Mitgliedstaaten ein sehr weiter Gestaltungsspielraum im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung eingeräumt. Diesen Anforderungen müsse jedoch durch die gemeinsame Regelung – die nicht Gegenstand der Vorlagefrage war – entsprochen werden, was das nationale Gericht zu prüfen habe.

<sup>81</sup> EuGH, Rs. C-390/12, ECLI:EU:C:2014:281 (Pflieger u.a.).

- In Bezug auf die Massgeblichkeit der Grundrechtecharta im Zusammenhang mit nationalen Massnahmen, die Grundfreiheiten beeinträchtigen, bestätigt der Gerichtshof seinen in der Rs. 617/10 (*Åkerberg Fransson*)<sup>82</sup> entwickelten Ansatz, wonach Art. 51 Abs. 1 GRC die bisherige Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Anwendbarkeit der Grundrechte bestätigt. Daher fänden die Grundrechte in allen unionsrechtlich geregelten Fallgestaltungen Anwendung, aber nicht ausserhalb derselben. Sobald eine nationale Vorschrift in den Geltungsbereich des Unionsrechts fällt, sei sie deshalb (auch) am Massstab der Unionsgrundrechte zu messen. Somit seien keine Fallgestaltungen denkbar, die vom Unionsrecht erfasst würden, ohne dass die EU-Grundrechte anwendbar wären und die Anwendbarkeit des Unionsrechts somit die Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte umfasse. Folglich sei eine nationale Massnahme, die die Grundfreiheiten beschränkt, jedoch aufgrund zwingender Erfordernisse des Allgemeinwohls gerechtfertigt werden könnte, nur dann mit dem Unionsrecht vereinbar, wenn sie auch die betroffenen Grundrechte beachte.
- Hinsichtlich der Vereinbarkeit des Verbots (mit Erlaubnisvorbehalt) von Glücksspielautomaten nimmt der Gerichtshof ausführlich auf seine bisherige Rechtsprechung<sup>83</sup> Bezug. Er stellt fest, dass Beschränkungen des Glücksspielsektors grundsätzlich durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses wie den Verbraucherschutz, die Betrugsverbeugung und die Vermeidung von Anreizen für die Bürger zu übermässigen Ausgaben für das Spielen gerechtfertigt sein könnten. Die Regelung müsse jedoch verhältnismässig und kohärent sein. Es obliege dem nationalen Gericht, in diesem Zusammenhang eine Gesamtwürdigung der Umstände vorzunehmen. Im vorliegenden Fall hätten die nationalen Behörden nach Ansicht des vorlegenden Gerichts offenbar nicht nachgewiesen, dass die Kriminalität und/oder die Spielsucht in dem massgeblichen Zeitraum und Rahmen tatsächlich Probleme bereiteten. Eine Maximierung der Staatseinnahmen könne jedenfalls für sich allein eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs nicht rechtfertigen.
- In Bezug auf die Grundrechte beschränkt sich der Gerichtshof darauf, zu betonen, dass eine Regelung, die gegen die Grundfreiheiten verstösst, auch nicht mit den Grundrechten vereinbar sein könne.
- Aufgeworfen wird damit freilich die Frage, unter welchen Voraussetzungen in derartigen Konstellationen der Prüfung der Vereinbarkeit mit den Grundrechten – neben derjenigen mit den Grundfreiheiten – eine eigenständige Bedeutung zukommen kann. Vieles spricht dafür, dass eine solche eigenständige Bedeutung lediglich auf der Ebene der (in der Rechtsprechung des EuGH keine grosse Rolle spielenden) Prüfung der Angemessenheit anzusiedeln sein könnte.

<sup>82</sup> EuGH, Rs. C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105 (*Åkerberg Fransson*). Zu diesem Urteil *Astrid Epiney*, *Le champ d'application de la charte des droits fondamentaux : l'arrêt Fransson et ses implications*, CDE 2014, 283 ff.

<sup>83</sup> Vgl. EuGH, verb. Rs. C-186/11 und C-209/11, ECLI:EU:C:2013:33 (*Stanleybet International u.a.*); hierzu *Epiney/Mosters*, SJER 2013/2014 (Fn. 2), 57, 84 ff. (m.w.N.).

## 2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Wie bereits erwähnt, gehen sowohl das Schweizerische Bundesgericht<sup>84</sup> als auch der EuGH<sup>85</sup> davon aus, dass das Freizügigkeitsabkommen lediglich Aufenthaltsrechte im Zusammenhang mit der Erbringung oder dem Empfang von Dienstleistungen gewähre, nicht aber sonstige Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit verbiete.<sup>86</sup> Nach dieser Ansicht können die Aussagen des Gerichtshofs zur Regelung von Glücksspielen nicht auf das FZA übertragen werden, soweit es um das Recht auf die Erbringung von Dienstleistungen geht. Des Weiteren ist bei der Niederlassungsfreiheit zwischen natürlichen und juristischen Personen zu unterscheiden, da das Abkommen die Niederlassungsfreiheit gemäss Art. 12 Abs. 1 Anhang I FZA nur für natürliche Personen gewährt.<sup>87</sup> Den natürlichen Personen, die von ihrem Niederlassungsrecht Gebrauch machen, steht ein Anspruch auf berufliche und geographische Mobilität (Art. 14 Anhang I FZA) und auf Gleichbehandlung (Art. 15 Anhang I FZA) zu. Bei der Prüfung der Rechtfertigung im Rahmen des Abkommens sind die von der Rechtsprechung des EuGH vor der Unterzeichnung des FZA zu Art. 52 AEUV und zu den zwingenden Erfordernissen des Allgemeinwohls entwickelten Kriterien und Grundsätze gemäss der Auslegungsregel des Art. 16 Abs. 2 FZA zu berücksichtigen. Zwar enthält das FZA keine ausdrückliche Bezugnahme auf die Achtung der nationalen Identität der Mitgliedstaaten (bzw. Vertragsstaaten) gemäss Art. 4 Abs. 2 EUV, doch dürfte dieser Grundsatz (vergleichbar den Unionsgrundrechten) auch bei der Auslegung des Abkommens heranzuziehen sein. Dogmatisch liesse sich dies u.a. so begründen, dass diejenigen Elemente, die die nationale Identität im Sinne der Vorschrift ausmachen, als Teil der öffentlichen Ordnung bzw. der zwingenden Erfordernisse des Allgemeinwohls anzusehen und somit im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung zu berücksichtigen sind. Die vom EuGH in der Rechtssache *Digibet Ltd* getroffenen Äusserungen zu Art. 4 Abs. 2 EUV lassen sich daher im Ergebnis auch auf das FZA übertragen. Im Übrigen betreffen die Ausführungen des Gerichtshofs zur Rechtfertigung der nationalen Regelungen grossteils neue Fallkonstellationen, die in der bisherigen Rechtsprechung so noch nicht entschieden wurden. Die dabei angewandten Kriterien, insbesondere die Erfordernisse der Kohärenz und der Verhältnismässigkeit sowie die anerkannten Gründe des öffentlichen Interesses (Vermeidung der Spielsucht; Betrugsbekämpfung; Unzulässigkeit wirtschaftlicher Gründe etc.) entsprechen jedoch den bisher schon in der Judikatur herausgearbeiteten Massstäben und lassen sich daher ebenfalls auf das FZA übertragen. Allerdings dürfte das FZA für den

---

<sup>84</sup> BGE 133 V 624; BGE 134 V 330.

<sup>85</sup> EuGH, Rs. C-70/09, ECLI:EU:C:2010:430 (Hengartner und Gasser). Siehe hierzu *Epiney/Mosters*, SJER 2010/2011 (Fn. 2), 75, 120 ff.

<sup>86</sup> Ausführlich hierzu bereits *Epiney/Mosters*, SJER 2006/2007 (Fn. 2), 101, 120 f.; *Epiney/Mosters*, SJER 2007/2008 (Fn. 2), 55, 82 f.; *Epiney/Mosters*, SJER 2011/2012 (Fn. 2), 51, 71 f.; *Astrid Epiney*, Zur Tragweite des Freizügigkeitsabkommens im Bereich der Arbeitnehmerentsendung, in: *Epiney/Metz/Mosters* (Hrsg.), Das Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz-EU, 2011, 81, 87 ff. und oben B.I.2.

<sup>87</sup> Ebenso EuGH, Rs. C-351/08, ECLI:EU:C:2009:697 Rn. 36, 37 und 39 (Grimme). Zu diesem Urteil siehe bereits *Epiney/Mosters*, SJER 2009/2010 (Fn. 2), 77, 104 f.; EuGH, Rs. C-541/08, ECLI:EU:C:2010:74, Rn. 30-32 (Fokus Invest). Vgl. ausserdem *Epiney/Mosters*, SJER 2009/2010 (Fn. 2), 77, 98 f.

Bereich der Glücksspiele nur von verhältnismässig beschränkter Bedeutung bleiben, da es anders als das Unionsrecht die Niederlassungsfreiheit nur für natürliche Personen gewährt und kein Verbot von Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit als solches enthält.<sup>88</sup>

## V. Steuerliche Fragen

### I. Zur Rechtsprechung des EuGH

#### a) Rs. C-678/11, *Kommission/Spanien*

Nach den einschlägigen Regelungen in Spanien müssen in einem anderen Mitgliedstaat ansässige Pensionsfonds, die betriebliche Rentenpläne in Spanien anbieten, sowie Versicherungsgesellschaften, die in Spanien Dienstleistungen erbringen, einen in Spanien ansässigen steuerlichen Vertreter bestellen. Wie der Gerichtshof in der Rs. C-678/11<sup>89</sup> festhielt, stelle eine solche Regelung eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs dar, die nicht durch zwingende Gründe des Allgemeinwohls gerechtfertigt werden könne. Sie sei zur Verfolgung der angestrebten Ziele (wirksame steuerliche Kontrolle und Bekämpfung von Steuerbetrug) nicht erforderlich, insbesondere angesichts der verschiedenen, im Sekundärrecht vorgesehenen Formen der Zusammenarbeit sowie der Möglichkeit, dass die vom Ausland agierenden Unternehmen die entsprechenden Pflichten selbst wahrnehmen könnten.

#### b) Verb. Rs. C-53/13 und C-80/13, *Strojirny Prostejov u.a.*

Um eine steuerliche Regelung ging es auch in den verb. Rs. C-53/13 und C-80/13.<sup>90</sup> Die zur Debatte stehende tschechische Bestimmung betraf die Konstellation, dass ein Unternehmen auf Arbeitnehmer zurückgreift, die von einem im Ausland ansässigen Zeitarbeitsunternehmen (mit Zweigniederlassung in Tschechien) entliehen wurden. In diesem Fall war die von den entsendeten Arbeitnehmern geschuldete Einkommenssteuer von dem ausleihenden Unternehmen an der Quelle zurückzubehalten, während diese Verpflichtung für im Inland ansässige Zeitarbeitsunternehmen und ihre Mitarbeitenden nicht galt. Der EuGH schloss auf die Unvereinbarkeit einer solchen Regelung mit der Dienstleistungsfreiheit gemäss Art. 56 AEUV. Er erachtete diese Vorschrift für allein einschlägig, da eventuelle Beschränkungen der Art. 45 und 49 AEUV eine zwangsläufige Folge der Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit darstellten. Art. 18 AEUV könne schon deshalb nicht zum Zuge kommen, weil Art. 56 AEUV eine „besondere Bestimmung“ im Sinne des Art. 18 AEUV darstelle, so dass Art. 18 AEUV nicht eigenständig herangezogen werden könne. Eine Beschränkung des Art. 56 AEUV sei schon deshalb anzunehmen, weil die Verpflichtung zur Vorauszahlung auf die Einkommenssteuer und die Abführung an den Staat zu einem zusätzlichen Verwaltungsaufwand für die Empfänger der Dienstleistungen führe und angesichts des Umstands, dass in

<sup>88</sup> Ebenso bereits Epiney/Mosters, SJER 2013/2014 (Fn. 2), 57, 84 ff. (m.w.N.).

<sup>89</sup> EuGH, Rs. C-678/11, ECLI:EU:C:2014:2434 (Kommission/Spanien).

<sup>90</sup> EuGH, verb. Rs. C-53/13 und C-80/13, ECLI:EU:C:2014:2011 (Strojirny Prostejov und ACO Industries Tábor).

Bezug auf von im Inland ansässigen Zeitarbeitsunternehmen entliehene Arbeitnehmer eine solche Pflicht nicht greift, grenzüberschreitende Dienstleistungen behindert werden. Zwar stelle die Notwendigkeit, die Beitreibung der Einkommenssteuer zu gewährleisten, einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses dar, der eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit rechtfertigen könne. Doch könne dieser Grund jedenfalls in der Konstellation, in der es Zweigniederlassungen im Inland gebe, nicht greifen. Denn diesem Anliegen könne durch eine entsprechende Verpflichtung der Zweigniederlassung Rechnung getragen werden, so dass die Massnahme nicht zur Verfolgung des angestrebten Zwecks geeignet sei. Allerdings dürfte es hier wohl eher – wie auch die Ausführungen des Gerichtshofs nahelegen, der u.a. auf den niedrigeren Aufwand der Zweigniederlassung hinweist – um die fehlende Erforderlichkeit gehen. Im Übrigen könne eine allgemeine Vermutung der Steuerflucht oder Steuerhinterziehung, die auf dem Umstand beruht, dass ein Dienstleistungserbringer in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassen ist, nicht genügen, um eine steuerliche Massnahme zu rechtfertigen, zumal die diesbezüglichen Behauptungen Tschechiens sehr vage geblieben seien.

Das Urteil beantwortet nicht die Frage, wie zu entscheiden gewesen wäre, wenn das Unternehmen keine Zweigniederlassung im Inland gehabt hätte. Auch hier stellte sich aber die Frage, ob es nicht andere, weniger einschneidende Mittel gäbe, das angestrebte Ziel der Sicherung des Steueraufkommens zu erreichen. Geht man davon aus, dass eine Beschränkung der Grundfreiheiten nicht allein schon deshalb als gerechtfertigt angesehen werden kann, weil eine abstrakte Gefährdung vorliegen könnte, so dass man nicht allen ausländischen Unternehmen und Arbeitnehmern den Willen zur Steuerhinterziehung unterstellen darf, könnte einiges für die Verneinung der Erforderlichkeit auch in dieser Konstellation sprechen.<sup>91</sup>

## 2. *Bezug zur Rechtslage in der Schweiz*

Soweit der Gerichtshof in der Rechtssache *Kommission/Spanien* auf die Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit abstellt, lässt sich das Urteil nicht auf das FZA übertragen, da dieses – anders als das Unionsrecht – kein entsprechendes Beschränkungsverbot enthält.<sup>92</sup> Daneben bleibt allerdings jeweils noch zu prüfen, inwieweit in einem Fall, den der Gerichtshof am Massstab des Beschränkungsverbotes beurteilt, auch eine Diskriminierung vorliegt, die dem Diskriminierungsverbot des Art. 19 Anhang I FZA entspricht, so dass eine Verletzung dieser Vorschrift vorliegen könnte.<sup>93</sup> Die Aussagen zu den zwingenden Gründen des Allgemeinwohls und zur Verhältnismässigkeit lassen sich auch auf andere Fallkonstellationen übertragen und können dementsprechend auch für das FZA relevant sein. Sofern der EuGH auf die im Sekundärrecht vorgesehenen Formen der Zusammenarbeit abstellt, ist dabei jeweils zu prüfen, inwieweit auch die Schweiz in diese eingebunden ist.

---

<sup>91</sup> Siehe ansonsten noch die die Unternehmensbesteuerung betreffenden Urteile der Grossen Kammer EuGH, Rs. C-80/12, ECLI:EU:C:2014:200 (*Felixstowe Dock and Railway Company* u.a.); EuGH, Rs. C-385/12, ECLI:EU:C:2014:47 (*Hervis Sport- és Divatkereskedelmi*). Der Gerichtshof nahm jeweils eine mittelbare Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit an bzw. hielt eine solche für möglich, weshalb die Besteuerungsweise unzulässig sei.

<sup>92</sup> Vgl. oben B.I.2.

<sup>93</sup> Siehe hierzu sogleich die Ausführungen zur Rechtssache *Strojirny Prostejov*.

In der Rechtssache *Strojirny Prostejov* stellt der EuGH auf das Verbot von Diskriminierungen zum Nachteil ausländischer Dienstleistungserbringer ab. Ein insofern entsprechendes Diskriminierungsverbot findet sich in Art. 19 Anhang I FZA, wonach ein Dienstleistungserbringer, der nach dem Abkommen zur Erbringung von Dienstleistungen berechtigt ist oder dem eine entsprechende Erlaubnis erteilt wurde, seine Tätigkeit vorübergehend „unter den gleichen Bedingungen ausüben (kann), wie dieser Staat sie für seine eigenen Staatsangehörigen vorschreibt“. Zu diesen Bedingungen dürften auch steuerliche Vorschriften gehören, so dass die Erwägungen des Gerichtshofs grundsätzlich auf das FZA übertragbar sein dürften. Die vom Gerichtshof im Rahmen der Rechtfertigung angestellten Erwägungen stellen weitgehend eine Anwendung bereits seit langem etablierter Kriterien der Verhältnismässigkeit auf eine neue Fallkonstellation dar und lassen sich daher grösstenteils auch auf das FZA übertragen.<sup>94</sup>

## VI. Sonstige Marktzugangsbeschränkungen

### 1. Zur Rechtsprechung des EuGH

#### a) Direktvergabe von Krankentransportdiensten (Rs. C-113/13, *Spezzino*)

In der Rs. C-113/13<sup>95</sup> ging es um eine mitgliedstaatliche Regelung, wonach die Durchführung dringender Krankentransport- und Notfallkrankentransportdienste vorrangig und im Wege der Direktvergabe ohne jegliche Bekanntmachung an gewisse unter Vertrag genommene Freiwilligenorganisationen vergeben wird. Nach dem Urteil des Gerichtshofs steht diese Regelung im Einklang mit Art. 56 AEUV. Zwar stelle diese Massnahme eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs dar, da sie dazu führe, dass andere Anbieter von dem betreffenden Markt ausgeschlossen werden. Jedoch könne sie durch das Anliegen eines wirtschaftlich ausgeglichenen Haushalts gerechtfertigt werden. Der Gerichtshof nimmt offenbar an, es gehe hier zumindest auch um die Sicherstellung des finanziellen Gleichgewichts der Systeme sozialer Sicherheit. Der Rückgriff auf Freiwilligenorganisationen könne dazu beitragen, dem sozialen Zweck der dringenden Krankentransportdienste zu entsprechen und die mit solchen Diensten verbundenen Kosten zu beherrschen, dies auch angesichts des den Mitgliedstaaten im Bereich der Gesundheitsversorgung eingeräumten Ermessens. Der Gerichtshof betont aber auch, dass ein derartiger Rückgriff auf Freiwilligenorganisationen tatsächlich zu dem sozialen Zweck und zu den Zielen der Solidarität und der Haushaltseffizienz beitragen müsse. Daher dürften die Freiwilligenorganisationen keine anderen Ziele verfolgen, mit ihren Leistungen keinen Gewinn erzielen und auch ihre Mitglieder keine Gewinne erzielen. Dies schliesse *per se* nicht den Rückgriff auf Erwerbstätige aus, doch müsse dieser für den geregelten Betrieb erforderlich sein. Den Freiwilligen selbst dürften lediglich die Kosten erstattet werden, die sie tatsächlich aufgewandt haben, und zwar im Rahmen von im Voraus festgelegten Grenzen.

<sup>94</sup> Siehe aus der vor der Unterzeichnung des FZA ergangenen Rechtsprechung insbesondere die grundlegenden Urteile EuGH, Rs. C-279/93, ECLI:EU:C:1995:31 (Schumacker); EuGH, Rs. C-80/94, ECLI:EU:C:1995:271 (Wielockx); vgl. ausserdem EuGH, Rs. C-391/97, ECLI:EU:C:1999:409 (Gschwind); EuGH, Rs. C-87/99, ECLI:EU:C:2000:251 (Zurstrassen).

<sup>95</sup> EuGH, Rs. C-113/13, ECLI:EU:C:2014:2440 (Spezzino).

Das Urteil illustriert einmal mehr den den Mitgliedstaaten im Bereich der Gesundheitsversorgung eingeräumten Gestaltungsspielraum. Bemerkenswert ist hier, dass der Gerichtshof ausdrücklich das Anliegen der Kostenersparnis als zwingenden Grund des Allgemeininteresses anerkennt, wenn auch im Zusammenhang mit anderen Zielsetzungen. Vieles dürfte dafür sprechen, dass nur im Falle eines solchen Zusammenspiels Haushaltserwägungen eine Rolle spielen können. Denn anderenfalls ist davon auszugehen, dass es sich um wirtschaftliche Gründe handelt, welche einen Eingriff in die Grundfreiheiten nicht rechtfertigen können. Im Übrigen ist bemerkenswert, dass offenbar die angestrebte Solidarität auch eine massgebliche Rolle bei der Rechtfertigung spielt. Die vom Gerichtshof hier formulierten Grenzen sollen wohl der Gefahr begegnen, dass dieses Anliegen lediglich aus protektionistischen Gründen vorgeschoben wird.

*b) Bedarfsklausel für die Neueröffnung von Apotheken (Rs. C-367/12, Sokoll-Seebacher)*

Eine italienische Regelung sah vor, dass die Genehmigung zur Neueröffnung einer Apotheke nur erteilt wird, wenn die Zahl der von einer bereits bestehenden Apotheke zu versorgenden Einwohner in einem Umkreis von 4 km unter 5'500 sinkt. Eine solche reine „Bedarfsklausel“ ist nach der Entscheidung des EuGH in der Rs. C-367/12<sup>96</sup> nicht mit Art. 49 AEUV vereinbar. Das Urteil steht auf den ersten Blick in einem gewissen Spannungsverhältnis zu einigen früheren Urteilen, die derartige Planungen als rechtfertigungsfähig erachteten.<sup>97</sup> Der Hintergrund für den hier gewählten Ansatz liegt darin, dass die Regelung den nationalen Behörden keinerlei Gestaltungsspielraum einräumt, um von dieser starren Grenze abzuweichen. Daher sei – so der EuGH – insbesondere die Berücksichtigung örtlicher Besonderheiten nicht möglich. Dies könne dazu führen, dass gerade in ländlichen Gebieten die Zahl der zu versorgenden Personen nicht die vorgeschriebene Mindestzahl erreiche, und es bestehe die Gefahr, dass der Zugang zu Apotheken für die Betroffenen hier nicht gewährleistet werden könne. Daher sei das zur Debatte stehende System zwar grundsätzlich durchaus rechtfertigungsfähig, da es auf vorhersehbaren und nicht diskriminierenden Kriterien beruhe. Die Regelung verfolge jedoch das Anliegen einer sicheren und qualitativ hochwertigen Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln nicht in kohärenter Weise bzw. sei teilweise als nicht geeignet anzusehen.

Auch dieses Urteil ändert nichts daran, dass letztlich eine „Planwirtschaft“ zumindest im Gesundheitssektor in gewissen Grenzen für zulässig erachtet wird, womit der sehr weite Gestaltungsspielraum, den der Gerichtshof den Mitgliedstaaten bei Massnahmen in diesem Bereich einräumt, ein weiteres Mal bestätigt wird. Es bleibt nach wie vor fraglich, ob dieser Ansatz in dieser Allgemeinheit zu überzeugen vermag, insbesondere soweit eine eigentliche Beschränkung der Zahl der Apotheken als grundsätzlich verhältnismässig für die Gewährleistung einer sicheren

---

<sup>96</sup> EuGH, Rs. C-367/12, ECLI:EU:C:2014:68 (Sokoll-Seebacher).

<sup>97</sup> Siehe insbesondere EuGH, verb. Rs. C-570/0 und C-571/07, ECLI:EU:C:2010:300 (Blanco Pérez und Chao Gómez); EuGH, Rs. C-539/11, ECLI:EU:C:2013:591 (Ottica New Line di Accardi Vincenzo); zu dieser Rechtsprechung *Epiney/Mosters*, SJER 2013/2014 (Fn. 2), 57, 88.



und qualitativ hochwertigen Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln angesehen wird. Immerhin wird man aus dem Urteil aber ableiten können, dass das System insgesamt die Verwirklichung der angestrebten Ziele sicherstellen können und damit eine innere Kohärenz aufweisen muss.

c) *Wohnsitzerfordernis als Voraussetzung für die Ausstellung eines Sportschifferführerscheins (Rs. C-509/12, Navileme und Nautizende)*

In der Rs. C-509/12<sup>98</sup> ging es um eine portugiesische Regelung, wonach für die Ausstellung eines Sportschifferscheins ein Wohnsitz im Inland erforderlich war. Der Gerichtshof stellte fest, dass dies nicht mit Art. 56 AEUV vereinbar sei. Ein derartiges Erfordernis stelle eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit dar, da sich nicht im Inland wohnhafte Personen für eine entsprechende, von privaten Schulen angebotene Ausbildung für den Erwerb des Sportschifferscheins nicht interessieren dürften. Dies stelle sowohl einen Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit der betreffenden Personen als auch in diejenige der Schulen dar. Ein derartiges Erfordernis könne auch nicht aus Gründen der öffentlichen Ordnung gerechtfertigt werden. Zwar könne das Ziel, einen hohen Sicherheitsstandard auf See sicherzustellen, *a priori* relevant sein. Jedoch sei nicht dargetan worden, dass im vorliegenden Fall eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliege, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berühre. Im Übrigen weise das Wohnsitzerfordernis keinerlei Verbindung zur in Anspruch genommenen Ausbildung und zur Fähigkeit, ein Boot zu führen, auf, so dass es zur Erreichung des verfolgten Zwecks, nämlich der Sicherheit des Führens eines Bootes auf See, nicht geeignet sei. Zudem gebe es in jedem Fall mildere Mittel, insbesondere die Festlegung eines hohen Anforderungsprofils für die abzulegende Prüfung.

In der Tat dürften diese Verhältnismässigkeitserwägungen hier entscheidend sein, und sie vermögen auch in jeder Hinsicht zu überzeugen. Zu wünschen gewesen wäre jedoch, dass der Gerichtshof klarer herausgearbeitet hätte, auf welchen Rechtfertigungsgrund er sich bezog: Offenbar lehnte er ja das Vorliegen einer Gefahr für die öffentliche Ordnung ab, so dass es letztlich um zwingende Gründe des Allgemeinwohls geht.

## 2. *Bezug zur Rechtslage in der Schweiz*

Die Aussagen des Gerichtshofs zur Auftragsvergabe an Freiwilligenorganisationen in der Rechtssache *Spezzino* betreffen eine in der Rechtsprechung so noch nicht behandelte Konstellation und sind daher gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA nicht als solche für die Auslegung des FZA verbindlich. Sie knüpfen jedoch insofern an die frühere Rechtsprechung an, als der EuGH den Mitgliedstaaten im Bereich der Gesundheitsversorgung auch bisher schon ein besonders grosses Ermessen eingeräumt hat, so dass dies auch im Rahmen des FZA zu beachten ist.<sup>99</sup> Im Übrigen entwickelt der EuGH seine Lösung durch die Heranziehung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit, so dass die Ausführungen im Ergebnis auch im Rahmen des FZA herangezogen werden können.

<sup>98</sup> EuGH, Rs. C-509/12, ECLI:EU:C:2014:54 (Navileme und Nautizende).

<sup>99</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-80/92, ECLI:EU:C:1994:118 (Kommission/Belgien) betreffend das Verbot von Augenmessungen durch Optiker.

Hinsichtlich der Zulässigkeit einer Bedarfsklausel für die Neueröffnung einer Apotheke wie im Fall *Sokoll-Seebacher* ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die im Abkommen gewährleistete Niederlassungsfreiheit gemäss Art. 12 Abs. 1 Anhang I FZA nicht für juristische Personen gilt.<sup>100</sup> Diese können jedoch in der Schweiz unter bestimmten Bedingungen die in der Bundesverfassung gewährleistete Wirtschaftsfreiheit geltend machen, die auch zu Gunsten ausländischer Marktteilnehmer zum Zuge kommen kann.<sup>101</sup> Das Urteil greift im Ergebnis die bereits vor der Unterzeichnung des FZA in der Rechtsprechung anerkannten Grundsätze auf und wendet sie lediglich auf einen neuen Sachverhalt an. Die Auslegung des FZA dürfte daher hinsichtlich der Rechtfertigung jeweils zu gleichen Ergebnissen führen, soweit sich natürliche Personen auf das Abkommen berufen.

Das Urteil in der Rechtssache *Navileme und Nautizende* ist insofern nicht auf das Freizügigkeitsabkommen übertragbar, als der Gerichtshof einen Verstoss gegen das Verbot von Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit feststellt. Zu prüfen wäre jedoch in einer derartigen Fallgestaltung unter dem FZA, ob zugleich eine Diskriminierung vorliegt, die einen Verstoss gegen Art. 19 Anhang I FZA oder das allgemeine Diskriminierungsverbot gemäss Art. 2 FZA darstellen könnte. Denn eine Massnahme kann zugleich eine beschränkende und eine diskriminierende Wirkung haben, dies ist sogar nicht selten der Fall. In einem solchen Fall genügt es für die Prüfung des EuGH am Massstab des Unionsrechts, wenn er das Vorliegen einer rechtfertigungsbedürftigen Beschränkung feststellt, ohne auf die Frage der Diskriminierung eingehen zu müssen. Damit wird zugleich die Frage aufgeworfen, inwieweit in einer Situation, in der es um die Erbringung einer Dienstleistung geht, Art. 2 FZA überhaupt noch zum Zuge kommen kann, wenn die Dienstleistungserbringung als solche nicht durch das FZA geschützt ist und ein Verstoss gegen Art. 19 Anhang I FZA nicht festgestellt werden kann.

## E. Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU

In der Rs. C-656/11<sup>102</sup> ging es um einen Beschluss des Rates über den Standpunkt, der im Namen der EU im Gemischten Ausschuss des Freizügigkeitsabkommens auf dem Gebiet der Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit zu vertreten war. Der Gerichtshof hielt fest, Art. 48 AEUV sei die zutreffende Rechtsgrundlage für den Beschluss gewesen. Bemerkenswert ist hier insbesondere die Begründung: Der Gerichtshof weist – ebenso wie in der Rs. C-81/13,<sup>103</sup> in der er auch den diesbezüglichen Unterschied zum Assoziierungsabkommen EU-Türkei hervorhob, das gerade keine allgemeine Freizügigkeit zwischen den Vertragsparteien oder eine Erweiterung der in der Union bestehenden Freizügigkeit auf die Türkei vorsehe – hier darauf hin, die Schweiz habe sich zwar gegen die Teilnahme am EWR entschieden. Sie sei jedoch durch eine Vielzahl bilateraler Abkommen mit der EU verbunden,

---

<sup>100</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-351/08, ECLI:EU:C:2009:688, Rn. 36, 37 und 39 (Grimme); zu diesem Urteil *Epiney/Mosters*, SJER 2009/2010 (Fn. 2), 77, 104 f.; EuGH, Rs. C-541/08, ECLI:EU:C:2010:74, Rn. 30-32 (Fokus Invest).

<sup>101</sup> Siehe hierzu BGE 131 I 123 E. 1.1.

<sup>102</sup> EuGH, Rs. C-656/11, ECLI:EU:C:2014:97 (Vereinigtes Königreich/Rat).

<sup>103</sup> EuGH, Rs. C-81/13, ECLI:EU:C:2014:2449 (Vereinigtes Königreich/Rat).

die weite Bereiche abdeckten und spezifische Rechte und Pflichten vorsähen, die in mancher Hinsicht den im AEUV festgelegten entsprächen. Das Ziel der Abkommen bestehe darin, die wirtschaftlichen Beziehungen zwischen den Vertragsparteien zu intensivieren. Das Personenfreizügigkeitsabkommen halte des Weiteren ausdrücklich fest, die Freizügigkeit sei auf der Grundlage der in der Union geltenden Bestimmungen zu verwirklichen, und Art. 8 FZA sehe im Übrigen die vollumfängliche Übernahme des Sekundärrechts im Bereich der Koordinierung der Systeme sozialer Sicherheit vor, so dass die Schweiz insoweit einem EU-Mitgliedstaat gleichzustellen sei.<sup>104</sup> Auch wenn der Beschluss des Rates die Beziehungen zu einem Drittstaat betreffe, sei vor diesem Hintergrund Art. 48 AEUV die zutreffende Rechtsgrundlage, da diese Bestimmung auch dann Anwendung finde, wenn ein Drittstaat insoweit einem Mitgliedstaat gleichgestellt werden soll.

Das Urteil betont eher die Parallelen zwischen den im Personenfreizügigkeitsabkommen einerseits und im EU-Recht andererseits verankerten Inhalten, übrigens nicht nur mit Blick auf die Koordinierung der Systeme sozialer Sicherheit. Es schliesst insoweit an eine Reihe früherer Urteile des Gerichtshofs an, die bereits in diese Richtung gingen.<sup>105</sup> Bemerkenswert ist insbesondere, dass die diesbezüglich sehr zurückhaltenden allgemeinen Äusserungen des Gerichtshofs in seinen ersten Urteilen zum Freizügigkeitsabkommen<sup>106</sup> nicht mehr aufgegriffen werden. Hieraus kann man sicher nicht schliessen, dass der Gerichtshof ganz grundsätzlich von einer parallelen Auslegung der Abkommensbestimmungen im Verhältnis zum EU-Recht ausgeht. Die Formulierungen des Gerichtshofs verdeutlichen jedoch, dass jeweils genau zu prüfen ist, ob die Abkommensbestimmungen Garantien des EU-Rechts übernehmen und das Ziel einer parallelen Rechtslage wie im EU-Recht verfolgen, wobei übrigens aus methodischer Sicht die Auslegungsgrundsätze des Völkerrechts massgeblich sind. Im Übrigen wird auch durch dieses Urteil der Grundsatz bestätigt, dass jedenfalls im Falle einer „Übernahme“ von Sekundärrecht in die Abkommen im Allgemeinen von einer solchen Parallelität auszugehen ist.<sup>107</sup>

## F. Schlussbemerkung

Der Überblick über die einschlägige Rechtsprechung des EuGH im Bereich der Personenfreizügigkeit im Jahr 2014 und ihre (mögliche) Relevanz für die Schweiz im Rahmen der Auslegung des FZA zeigt einmal mehr die kaum zu überschätzende

<sup>104</sup> S. so auch schon EuGH, Rs. C-247/09, ECLI:EU:C:2010:698 (Xhymshiti).

<sup>105</sup> S. EuGH, Rs. C-506/10, ECLI:EU:C:2011:643 (Graf und Engel); EuGH, Rs. C-257/10, ECLI:EU:C:2011:839 (Bergström); zu diesen Urteilen *Epiney/Mosters*, SJER 2011/2012 (Fn. 2), 51, 93 ff.

<sup>106</sup> Siehe insbesondere EuGH, Rs. C-70/09, ECLI:EU:C:2010:430 (Hengartner und Gasser). Zu diesem Urteil *Astrid Epiney*, Zu Tragweite und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens Schweiz-EU. Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 15. Juli 2010, Rs. C-70/09 – Hengartner, GPR 2011, 64, 66 ff. und *Epiney/Mosters*, SJER 2010/2011 (Fn. 2), 1, 46 ff.

<sup>107</sup> Dieser Schluss wird bestätigt durch EuGH, Rs. C-250/13, ECLI:EU:C:2014:278 (Wagener). In diesem Urteil legte der Gerichtshof die Verordnungen im Bereich der Koordinierung der sozialen Sicherheit in einem (auch) die Schweiz betreffenden Fall ebenso aus wie in einer lediglich Mitgliedstaaten betreffenden Konstellation. Dabei griff er zurück auf seine Rechtsprechung zu den zur Debatte stehenden Rechtsakten.

Bedeutung dieser Rechtsprechung für die Tragweite des Personenfreizügigkeitsabkommens, obwohl Art. 16 Abs. 2 FZA an sich nur eine Pflicht zur Berücksichtigung der bis zur Unterzeichnung des Abkommens ergangenen Rechtsprechung formuliert. Im Ergebnis ist davon auszugehen, dass – von Ausnahmen abgesehen – die weiterentwickelte Rechtsprechung des EuGH insoweit vollumfänglich für die Auslegung des Freizügigkeitsabkommens relevant ist, als dessen Anwendungsbe-  
reich eröffnet ist und es auf Begriffe bzw. Konzepte des Unionsrechts zurückgreift. Die Rechtsprechung wendet denn auch in aller Regel bereits bekannte Grundsätze und Konzepte auf neue Fallgestaltungen an, so dass die Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH jeweils auch die Relevanz des Personenfreizügigkeitsabkommens zu illustrieren vermag. Die zunehmende Bedeutung der Rechtsprechung zur Unionsbürgerrichtlinie zeigt darüber hinaus, dass deren Integration in das FZA zur Begründung neuer Rechtsansprüche führen würde, deren Umfang sich bisher jedoch nur teilweise abschätzen lässt, zumal auch innerhalb der EU deren genaue Tragweite noch durch die Rechtsprechung des EuGH näher herauszuarbeiten sein wird.